



AVGVSTINI LEYSERI

IN REGIS POLONIARVM ET PRINCIPIS ELECTORIS SAXONIS AVLA CONSILIARII IN ACADEMIA VITEMBERGENSI ORDINARII CONSISTORII ECCLESIASTICI DIRECTORIS IN TRIBVNALI ET SCABINATV PRIMI ADSESSORIS

MEDITATIONES AD PANDECTAS

QVIBVS PRÆCIPVA JVRIS CAPITA

EX ANTIQVITATE EXPLICANTVR, CVM JVRIBVS RECENTIORIBVS CONFERVNTVR ATQVE VARIIS CELEBRIVM COLLEGIORVM RESPONSIS ET REBVS JVDICATIS ILLVSTRANTVR.

VOLVMEN I.

EDITIO NOVA ET CORRECTIOR.

CVM PRIVILEGIIS SACRÆ CÆS. MAJESTATIS ET SERENISS. ELECT. SAX.

LIPSIÆ, BRVNSVIGÆ ET GVELPHERBYTI

Apud MEISNERIANOS FRATRES.

ANNO MDCCLXXII.

ILLVSTRISSIMO

BERNSTORFFIO

ILLVSTRISSIMO

BERNSTORFFIO

Privilegium Impressorium

ad X annos super Augustini Leyseri Meditationibus ad Pandectas in 4to pro Joanne Christophoro Meisner.

CAROLVS SEPTIMVS Divina favente Clementia Electus Romanorum Imperator, semper Augustus, ac Germaniæ & Bohemiæ Rex, utriusque Bavariæ & Superioris Palatinatus Dux, Comes Palatinus Rheni, Archi-Dux Austriæ, Landgravius Leuchtenbergæ &c. &c. Agnoscimus & notum facimus tenore præsentium universis, quod, cum Nobis Noster & Imperii fidelis dilectus Joannes Christophorus Meisner humillime exponi curarit, quem in modum Augustini

):(Leyseri

Leyseri Meditationes ad Pandectas una cum Supplementis & Repertorio in Quartó prelo committere resolverit, vereatur autem, ne æmulorum invidia hanc editionem imitantium impendii & laboris sui fructu frustretur, ideoque Nobis demisse supplicarit, quatenus eius indemnitati Privilegio Nostro Cæsareo succurrere Clementissime dignaremur, Nos submissæ pariter & æque eius petitioni annuendum censuerimus: Ac proinde Authoritate Nostra Cæsarea omnibus & singulis Bibliopolis, Bibliopegis, Typographis, & aliis quibuscunque rem librariam seu negotiationem exercentibus firmiter inhibemus, vetamus & interdicimus, ne quis supra nominatas Leyseri Meditationes in Pandectas sub hoc aliove titulo, aut hac aliave forma, seu ut aiunt, formato, nec in toto, nec in parte per decem annorum spatium, ab hodierno die computandum, intra Sacri Romani Imperii Ditionumque Nostrarum hæreditariarum fines recudere vel aliis recudendas dare, aliorsumve impressas apportare, vendere vel distrahere, citra præfati Impetrantis hæredumque ac successorum voluntatem & assensum in Scriptis obtentum ausit vel præsumat;

Si

Si quis vero secus faciendo Privilegium hoc Nostrum seu Interdictum violare contemnereque præsumserit, eum non solum eiusmodi exemplaribus ubicunque locorum repertis, perperam quippe recusis seu apportatis (quæ dictus Joannes Christophorus Meisner sive propria authoritate sive Magistratus illius loci auxilio sibi vindicare poterit) de facto privandum, sed & decem marcarum auri puri poena, ærario seu fisco Nostro Cæsareo & parti læsæ ex æquo pendenda, omni spe veniæ sublata mulctandum decernimus, dum modo tenor huius Nostri Privilegii in fronte libri impressus reperiatur & consveta quinque exemplaria consilio Nostro imperiali Aulico exhibeantur.

Mandamus itaque omnibus & singulis Nostris & Sacri Romani Imperii Dominiorumque Nostrorum hæreditariorum subditis & fidelibus dilectis tam Ecclesiasticis, quam secularibus, cuiuscunque Status, Gradus, Dignitatis, aut Ordinis exstiterint, præsertim vero iis, qui in Magistratu constituti, vel suo vel superiorum suorum loco aut nomine jus justitiamque administrant, ne quempiam Privilegium

hoc Nostrum Cæsareum impune violare, spernere, aut transgredi patiantur: sed si quos contumaces compererint, constituta a Nobis mulcta eos puniri, & quibuscunque modis idoneis coerceri curent, quatenus & ipsi gravissimam Nostram Indignationem & prædictam pœnam evitare voluerint: Harum testimonio literarum manu Nostra subscriptarum & Sigilli Nostri Cæsarei appressione munitarum; Quæ dabantur Francofurti ad Mœnum die octava Aprilis anno millesimo septingentesimo quadragesimo tertio, Regnorum Nostrorum Romani & Bohemici secundo

CARL



Vt Joannes Georgius
Comes a Königsfeld.

Ad Mandatum Sacræ Cæsareæ
Majestatis proprium J. J.
Hayeck de Waldstätten.

Nos

Nos FRANCISCVS Divina favente Clementia Electus Romanorum Imperator, semper Augustus, ac Germaniæ, & Hierosolymarum Rex, Dux Lotharingiæ, & Barii, Magnus Hetruriæ Dux, Princeps Carolopolis, Marchio Nomenci, Comes Falckensteinii &c. &c. agnoscimus & notum facimus tenore præsentium universis, quod cum Nobis Noster & Sacri Imperii fidelis dilectus Joannes Christophorus Meisner humillime supplicarit, quatenus Privilegium Impressorium a Divo Prædecessore nostro Imperatore Carolo Septimo piissimæ memoriæ super Augustini Leyseri Meditationibus ad Pandectas una cum Supplementis & Repertorio in quarto die decima Aprilis Anno millesimo septingentesimo quadragesimo tertio ipsi benigne impertitum, ad alios decem annos a lapsu prioris extendere Clementissime dignaremur; Nos submissæ ejus

peti-

hoc Nostrum Cæsareum impune violare, spernere, aut transgredi patiantur: sed si quos contumaces compererint, constituta a Nobis mulcta eos puniri, & quibuscunque modis idoneis coerceri curent, quatenus & ipsi gravissimam Nostram Indignationem & prædictam pœnam evitare voluerint: Harum testimonio literarum manu Nostra subscriptarum & Sigilli Nostri Cæsarei appressione munitarum; Quæ dabantur Francofurti ad Mœnum die octava Aprilis anno millesimo septingentesimo quadragesimo tertio, Regnorum Nostrorum Romani & Bohemici secundo

CARL



Vt Joannes Georgius
Comes à Königsfeld.

Ad Mandatum Sacræ Cæsareæ
Majestatis proprium J. J.
Hayeck de Waldstätten.

Nos

Nos FRANCISCVS Divina favente Clementia Electus Romanorum Imperator, ſemper Auguſtus, ac Germaniæ, & Hieroſolymarum Rex, Dux Lotharingiæ, & Barii, Magnus Hetruriæ Dux, Princeps Carolopolis, Marchio Nomenci, Comes Falckenſteinii &c. &c. agnoſcimus & notum facimus tenore præſentium univerſis, quod cum Nobis Noſter & Sacri Imperii fidelis dilectus Joannes Chriſtophorus Meisner humillime ſupplicarit, quatenus Privilegium Impreſſorium a Divo Prædeceſſore noſtro Imperatore Carolo Septimo piiſſimæ memoriæ ſuper Auguſtini Leyſeri Meditationibus ad Pandectas una cum Supplementis & Repertorio in quarto die decima Aprilis Anno milleſimo ſeptingenteſimo quadrageſimo tertio ipſi benigne impertitum, ad alios decem annos a lapſu prioris extendere Clementiſſime dignaremur; Nos ſubmiſſæ ejus

peti-

petitioni annuendum censuerimus: Ac proinde Authoritate Nostra Cæsarea omnibus & singulis Bibliopolis, Bibliopegis, Typographis & aliis quibuscunque rem librariam seu negotiationem exercentibus firmiter inhibemus, vetamus & interdicimus, ne quis supra nominatas Leyseri Meditationes in Pandectas una cum Supplementis & Repertorio sub hoc aliove titulo, aut hac aliave forma, seu, ut aiunt formato, nec in toto nec in parte per decem annorum spatium, a lapsu prioris Privilegii computandum intra Sacri Romani Imperii fines recudere, vel aliis recudendas dare, aliorsumve impressas apportare, vendere vel distrahere, citra præfati Impetrantis heredumque ac successorum voluntatem & assensum in Scriptis obtentum ausit vel præsumat: Si quis vero secus faciendo Privilegium hoc Nostrum seu Interdictum violare contemnereque præsumserit, eum non solum eiusmodi Exemplaribus ubicunque locorum repertis, perperam quippe recusis seu apportatis (quæ dictus Joannes Christophorus Meisner sive propria authoritate, sive Magistratus illius

loci

loci auxilio sibi vindicare poterit) de facto privandum, sed & decem marcarum auri puri pœna ærario seu fisco Nostro Cæsareo, & parti læsæ ex æquo pendenda, omni spe veniæ sublata, mulctandum, decernimus, dummodo tenor huius Nostri Privilegii in fronte libri impressus reperiatur, & consueta quinque Exemplaria Consilio Nostro Imperiali Aulico exhibeantur. Mandamus itaque omnibus & singulis nostris & Sacri Romani Imperii subditis & fidelibus dilectis tam Ecclesiasticis quam secularibus, cuiuscunque Status, Gradus, Dignitatis, aut Ordinis fuerint, præsertim vero iis, qui in Magistratu existentes, vel suo vel superiorum suorum loco, aut nomine jus justitiamque administrant, ne quempiam Privilegium hoc Nostrum Cæsareum impune violare, spernere, aut transgredi patiantur; Sed si quos contumaces compererint, constituta a Nobis mulcta eos puniri, & quibuscunque modis idoneis coerceri curent, quatenus & ipsi gravissimam Nostram indignationem, & prædictam pœnam evitare voluerint. Harum testimonio literarum manu Nostra

sub-

ſubſcriptarum, & ſigilli Noſtri Cæſarei appreſſione munitarum; Quæ dabantur Viennæ die decima Martii Anno milleſimo ſeptingenteſimo quadrageſimo nono, Regni noſtri quarto.

FRANCISCVS



Vt R. Comes Colloredo

Ad Mandatum Sacræ Cæſareæ
Majeſtatis proprium.
J. J. Hayeck de Waldſtätten.



Quam vellem, DOMINE, ut hic, quem Tibi nunc inſcribo, libellus dignum aliquid præfixo titulo haberet. Verum tanta eſt nominis Tui non celebritas, nam id quidem vulgare eſt, ſed lux & immortalitas, non modo ut æquari a quopiam, ſed ne attingi quidem poſſit. Longe infra Te ſunt, quaecunque egregia & conſpicua a nobis habentur, &, ſi quid gloria Tua non prorſus indignum Tibi offerri debet, hoc a Te ipſo proficiſcatur oportet. Attamen inſtituti mei me non pœnitet. Abſum longiſſime a confidentia

 illo-

illorum, qui, dum ſcripta ſua viris celebribus dedicant, hoc eis pro beneficio imputant, &, famam ſe illis conciliare, inepta vanitate ſibi perſuadent. Contrarium his iter intendo. Nullam ſcilicet adhuc adeptus ſum laudem, nullam in orbe nominis celebritatem, metuoque homo ignotus, ne liber meus inter viles aliorum ſchedas obſoleſcat. Igitur lumen, quod per me non habeo, a Te, DOMINE, qui eo abundes, cupio mutuari. Volo ſcilicet, ut innoteſcat aliis, iſtas meditationes meas, quum ſigillatim olim ederentur, Tibi non displicuiſſe, deinde Te hortante & inſtigante fuiſſe continuatas, atque nunc tandem Tuo auſpicio conjunctim in lucem prodire. Non poterit, quisquis hoc intelliget, non bene de libello meo ſentire atque ad lectionem ejus allici. Obverſabuntur quippe ei ante oculos ingentia merita Tua, quibus ut nihil de vetuſtis illuſtrium majorum imaginibus dicam, totius in Te Europæ oculos & animos convertiſti. Ad ſummum nempe faſtigium humanæ gloriæ eve-



ctus Potentissimi Regis nostri columen, Germaniæ oraculum, terrarum Luneburgicarum decus & salus, Britannorum amores & deliciæ, academiæ Juliæ præsidium, justitiæ fons, bonorum omnium perfugium, Musarum caput audis. Erit itaque mihi instar omnium, labores meos Tibi, cujus sanctum semper est & incorruptum judicium & incredibilis eruditio, probasse. Redundabit inde aliquis in me & scriptum meum radius, credentque homines, non vulgare esse posse, quod Tibi satisfecerit. Sed aliam præterea habui causam, quæ me, ut librum hunc Tibi consecrarem, permovit. Ipse Tu, DOMINE, illius ex parte auctor es. Recordare videlicet, Te subinde, quum olim singulas has meditationes ad Te mitterem, humanissime rescripsisse, et nonnulla, quæ improbares, annotasse. Dici non potest, quantum ex monitis Tuis profecerim. Tantum erat rationum Tuarum pondus, ut confestim in sententiam Tuam pertraherer vel invitus. Itaque, quae primo statueram, mutavi aliquando &

ex judicio Tuo correxi. Cujus rei luculentissimum documentum in Specimine VI, quod de Responsis prudentum inscribitur, exstat. Quae quum ita sint, facilius nunc credo exorare, ut illustre nomen Tuum opusculo huic praeponi patiaris. Erit id simul monumentum observantiae meae grataeque pro innumeris, quibus me ornasti, beneficiis voluntatis. Innumera dico Tua in me beneficia. Nam, ut cetera taceam, Te potissimum auctore a principibus nostris in hanc academiam evocatus sum, & quum in patriam redire juberer, Tuo consilio, jussu, opera retentus. Tuus ergo sum totus, Tua sunt, quaecunque a me eduntur. Aequum vero est, ut, quae ad Te pertinent, in tutelam quoque Tuam suscipias, & nomine atque auctoritate Tua cohonestes. Quod superest, DEUM veneror immortalem, ut Te, DOMINE, per quem salva est respublica & incolumis academia, salvum incolumemque conservet. Dabam Helmstadii VIII. Kal. Octobr. anni clↃ Iↄ CCXVII.

TITULI

TITVLI
SINGVLORVM SPECIMINVM
AD LIB. I. D TIT. I.
DE JVSTITIA ET JVRE.

AD LIB. I. D. TIT. II.
DE ORIGINE JVRIS.

AD LIB. I. D. TIT. III.
DE LEGIBVS SENATVSQVE CONSVLTIS ET LONGA CONSVETVDINE.

AD LIB. I. D. TIT. IV.
DE CONSTITVTIONIBVS PRINCIPVM.

AD LIB. I. D. TIT. V.
DE STATV HOMINVM.



AD LIB. I. D. TIT. VI.
DE HIS, QVI SVI VEL ALIENI JVRIS SVNT.

AD LIB. I. D. TIT. VII.
DE ADOPTIONIBVS ET EMANCIPATIONIBVS.

AD LIB. I. D. TIT. VIII.
DE RERVM DIVISIONE ET QVALITATE.

AD

AD LIB. I. D. TIT. XXI.
DE OFFICIO EIVS, CVI MANDATA EST JVRISDICTIO.

AD LIB. II. D. TIT. I.
DE JVRISDICTIONE.

AD LIB. II. D. TIT. II.
QVOD QVISQVE JVRIS IN ALTERVM STATVERIT, VT IPSE EODEM JVRE VTATVR.

AD LIB. II. D. TIT. IV.
DE IN JVS VOCANDO.

AD LIB. II. D. TIT. V.
SI QVIS IN JVS VOCATVS NON IERIT SIVE QVIS EVM VOCAVERIT, QVEM EX EDICTO NON DEBVERIT.

AD LIB. II. D. TIT. VIII.
QVI SATISDARE COGANTVR, VEL JVRATO PROMITTANT, VEL SVAE PROMISSIONI COMMITTANTVR.



AD LIB. II. D. TIT. XII.
DE FERIIS, DILATIONIBVS, ET DIVERSIS TEMPORIBVS.

AD LIB. II. D. TIT. XIII.
DE EDENDO.

AD LIB. II. D. TIT. XIV.
DE PACTIS.

AD LIB. II. D. TIT. XV.
DE TRANSACTIONIBVS.

AD LIB. III. D. TIT. I.
DE POSTVLANDO.

ſp. 48.



AD LIB. IV. D. TIT. II.
QVOD METVS CAVSA GESTVM ERIT.

AD LIB. IV. D. TIT. III.
DE DOLO MALO.

AD LIB. IV. D. TIT. IV.
DE MINORIBVS VIGINTI QVINQVE ANNIS.

AD LIB. IV. D. TIT. V.
DE CAPITE MINVTIS.

AD LIB. IV. D. TIT. VI.
EX QVIBVS CAVSIS MAIORES XXV. ANNIS IN INTEGRVM RESTITVVNTVR.

AD LIB. IV. D. TIT. VIII.
DE RECEPTIS QVI ARBITRIVM RECEPERVNT.

AD LIB. IV. D. TIT. IX.
NAVTAE, CAVPONES, STABVLARII, VT RECEPTA RESTITVANT.

ADDEN-

ADDENDVM
AD SPECIMINIS LVIII. DE METV MEDITATIONEM V.

Simile exemplum, &, quod ex iisdem regulis eodem modo decidendum est, habet Albertus Argentinensis de Bertoldi a Bucheke, Episcopi Argentinensis, rebus gestis apud *Urstisium Parte altera pag. 176.* Is Bertoldus scilicet cum Ludovico Bavaro, quem prohibente Pontifice Imperatorem agnoscere, recusaret, diu bellum gesserat. Tandem, ut Albertus ait, *cum huiusmodi dura commotio diu durasset, nec fuisset aliqua villa ex utraque parte, quæ non fuisset incensa, vel cum adversariis de pecuniarum summis pacisci coacta, ducesque Austriæ genti suæ, ne episcopo contra principem assisterent, inhiberent, Argentinensesque in immen-*



immenſum damnificati fuiſſent, ecce Argentinenſes inito conſilio, niſi concordaret cum principe, diffidarunt. Tunc epiſcopus in expenſis exhauſtus & a ſuis derelictus, metuensque ſe a ſuis oppidis excludi, propter favorem Argentinenſium anxius, licet paulo ante in capitulo ſuo reſpondens conſulibus Argentinenſibus dixerit, potius ſe velle reverti in ordinem ſuum Teutonicorum, quam principi homagium exhibere de communi conſilio omnium ſuorum fidelium Spiræ principem accedens ſibique homagium faciens regalium ſuorum ab eo, tanquam imperatore, inveſtituram accepit; proteſtans in principis præſentia, eo conſentiente, quod non minus domino ſuo papæ vellet in omnibus obedire, proteſtans etiam ante acceſſum in præſentia multorum comitum & baronum, quod huiusmodi homagium faceret non voluntarius, ſed coactus.

SPECI-

SPECIMEN I.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS ET QVIDEM AD LIB. I. TIT. I.

DE

JVSTITIA

PVBLICE DEFENSVM

A

FRIDERICO WILHELMO LEYSERO HANNOVERANO

D. XV. JVLII ANNI CIↃ IↃ CC XIII.



Constituimus, in gratiam Optimorum Commilitonum, quos eruditis subinde colloquiis & conflictibus exerceri utilissimum putamus, singulis aut alternis hebdomadibus tale, quale nunc exhibemus, specimen in lucem edere, quod unus ex illis publice e cathedra adversus dissentientes tuebitur. Pertractabimus in istis speciminibus potissimas doctrinas, quæ in Pandectis obveniunt, quarum etiam ordinem servabimus. Cuncta illa, quæ proponemus, non ex vulgaribus commentariis conquirentur, sed, adhibita diligentia, a nobis elaborabuntur, & ex ipsis juris fontibus haurientur. Imprimis operam dabimus, ut, quæ in rerum argumentis obtinent, afferamus. Sæpe igitur intermiscebimus quæstiones juris, quæ in Collegiis Juridicis, quibus & ipsi olim inter-

interfuimus & nunc dissidemus, tractatæ & decisæ fuerunt. Numerus eorum, qui opera hac nostra uti volunt, determinatus non est. Quodsi ergo aliqui ad eos, qui iam nomina sua professi sunt, accedere velint, hos lubentes recipiemus, rebusque omnibus, quibus poterimus, juvabimus, ut certamen illud, quod inexercitati formidant, confidenter subire & egregie sustinére possint.

I.

Multa sunt vitia definitionum, quæ in jure Romano occurrunt.

JCtos Romanos, ex quorum voluminibus jus nostrum civile, inprimis autem Digesta collecta sunt, Stoicæ philosophiæ addictos fuisse, plerique olim arbitrati sunt. Quam tamen communem opinionem, nuper extitit, qui impugnaret. Eam vero in præsens accuratius examinare nostri non est instituti. Sed ex quacunque schola Philosophorum illi prodierint, id certum est, Peripateticos eos non fuisse, nec Aristotelis doctrinam unquam assumsisse. Poteram id innumeris argumentis ostendere. At sufficiet mihi jam unicum. Præcipuus Peripateticorum labor est, rem, de qua agere constituerunt, accurate definire, ut lectori statim in definitione breve totius tractationis compendium exhibeatur. Neque improbo hanc solicitudinem, sed utilissimam existimo. Ab hac autem longe recedunt Romani JCti, quorum propterea definitiones vitiosissimæ sunt, adeo, ut pleræque ex illis ne quidem qualiumcunque descriptionum vicem sustinere queant. Enumerabo autem aliquot ex istis. Primum est, quod angustiores sæpe sunt suo definito. Sic libertini in L. 6. *de Statu hominum* definiuntur, qui ex justa servitute manumissi sunt. Ita vero sub illis non comprehendentur hi, de quibus integer in πa titulus extat: *Qui sine manumissione ad libertatem perveniant.*

Secun-

Secundum, quod in definitionibus nostris observavi, vitium est; quod illæ sæpe latius pateant definito suo. Exemplum in *L. 1. Qui test. facere possint* occurrit: Testamentum est voluntatis nostræ justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri vult. At quis non videt, hanc definitionem commodissime ad codicillos, & donationem mortis causa trahi posse. Tertium vitium est, quod plurimæ definitiones tanta incuria compositæ sunt, ut sub iisdem contrarium ejus, quod definitum fuit, comprehendatur. Sic Florentinus in *L. 4. pr. de Statu hominum* libertatem describit naturalem facultatem ejus, quod cuique facere libet, nisi quid vi aut jure prohibetur. Ita vero servitus quoque species libertatis erit. Quartum vitium est, quod nonnullæ definitiones parum perspicue proponuntur, adeo, ut, qui rem ipsam aliunde non novit, ex definitione etiam incertior reddatur. Exemplum est in bonorum possessione, quæ secundum *L. 3. §. 2. de bonorum possessionibus* est jus persequendi retinendique patrimonii sive rei, quæ cujuscunque, cum moritur, fuit. Quintum vitium est, quod pleræque definitiones non ex natura rei, sed ex circumstantia eaque levissima desumantur. Rideo interdum definitionem prati in *L. 31. de Verb. sign.* Pratum est, in quo ad fructum percipiendum falce duntaxat opus est. Itane pratum non erit, quod pecoribus pascendis destinatum est? Vel nonne falces quoque in agris & vineis adhibentur? Non melior est definitio morbi sontici in *L. 113. de Verb. signif.* quod is sit, qui cuique rei nocet. Sextum vitium est, quod aliquæ definitiones impropriis & metaphoricis verbis conceptæ sunt. Sic ipse Justinianus Institutiones suas in *Proœm. earum* §. 4. definit prima legitimæ scientiæ elementa. Possem plura definitionum legalium vitia in medium afferre, e. g. quod multæ a contrario sint desumtæ, quod aliæ etymologiam saltem complectantur. Sed brevitas hujus scripti, ut plura

exempla accumulem, non permittit. Pauca hæc, quæ attuli, non studiose conquisivi, sed, prout memoriam meam stylumque subierunt, in chartam conjeci. Quodsi quis majore industria in hoc argumento versari vellet, plura is & elegantiora exempla adjicere posset. Ceterum ne audacior fuisse videar, quod JCtos nostros negligentiæ in definitionibus suis conficiendis commissæ accusem, idem ante me jam ausos fuisse *Neldelium*, &, qui eum sequitur, *Schilterum in Praxi Artis Analyticæ in Jurisprudentia Cap.* 1. §. 17. observo.

II.

Justitia recte definitur voluntas suum cuique tribuendi, non tribuens.

Ulpianus in *L.* 10. *pr. de Justitia, & jure: Justitia*, inquit *est constans & perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi.* Hanc quidem lectionem Gothofredus & nonnulli alii editores Corporis juris receperunt. At in libris Βασιλικῶν hæc definitio sic translata est: Δικαιοσύνη ἐςὶ σαθηρὰ καὶ διηνεκὴς βούλησις ἑκάστῳ τὸ ἴδιον ἀπονέμουσα δίκαιον. In vulgatis etiam antiquissimis Pandectarum editionibus, quibus Bartolus & ceteri primi Commentatores usi sunt, legitur: *Justitia est constans & perpetua voluntas, jus suum cuique tribuens.* Quam lectionem non parum confirmat *Ciceronis* auctoritas, qui itidem *in libro V. de Finibus* justitiam definit; quod sit *animi affectio, suum cuique tribuens.* Igitur *Menagius in Amœnitatibus Juris civilis Cap.* 4. se quoque olim permotum fuisse dicit, ut ultimam hanc lectionem priori præferret, &, *tribuens*, scribendum esse existimaret. Postea tamen mutavit sententiam, & *tribuendi* retineri debere, affirmavit. Quam sententiam & nos amplectimur non solum ex ea, quam Menagius affert, ratione, quod Pandectæ

quoque Florentinæ *tribuendi* agnoſcant, ſed ex alia etiam. A viro ſcilicet æquitatis & juſtitiæ ſtudioſo non requiritur, ut is actu ſemper ſuum cuique tribuat, ſed ſufficit, dummodo intentionem illam ſemper habeat, jus ſuum cuique tribuendi. Poterit igitur accidere, ut vir juſtiſſimus aliquando cuidam ſuum non tribuat, ſed nocentem abſolvat, innocentem vero condemnet & pœna afficiat, ſine omni tamen injuſtitiæ labe. Cum enim judicem oporteat per *L.* 6. §. 1. *de Officio Præſidis* id ſequi in ferendis ſententiis, quod convenit eum ex fide eorum, quæ probabuntur, ſive, quemadmodum communiter effertur, ſecundum acta & probata judicare; poterit aliquando, ſi corrupta ſit actorum fides, in errorem induci. Aſſedi ego ipſe Collegio cuidam Juridico, cujus aſſeſſores reliqui juſtitiæ, prudentiæ, eruditionis & æquitatis laudibus per univerſum terrarum orbem celebrantur. Ab hoc aliquando requirebatur, ut ſententiam de reo quodam ferret. Is furti inſimulabatur graviſſimisque ſuſpicionibus premebatur. Et ipſe crimen ſponte confeſſus erat, diuturnum, ut credo, carceris ſqualorem & tormenta, quæ tamen nondum admota, imo nec adjudicata quidem fuerant, metuens. Cum igitur cetera etiam convenirent, Collegium iſtud non dubitavit, fuſtium ictum huic homini & perpetuam relegationem imponere. Neque puto, quenquam adeo iniquum rerum arbitrum futurum, qui Viris graviſſimis, iſtius ſententiæ latoribus, injuſtitiam objiciat, tametſi poſtea apparuerit, crimen hoc plane ab aliis commiſſum, hominemque illum innocentem pœnæ ſubjectum fuiſſe. Dixerim potius, ex hoc ipſo, quod reum tot indiciis oneratum atque de ſe ſponte confeſſum condemnarunt, juſtitiam quam maxime obſervaſſe. Juſtitia enim, ut ab initio diximus, voluntas eſt conſtans & perpetua jus ſuum cuique non ſemper tribuens, ſed tribuendi.

III.

Vulgares justitiæ divisiones exploduntur, usúsque earum ostenditur.

Cum ipse primum jura addiscerem, multum temporis & laboris in pernoscendis justitiæ divisionibus, quæ a vulgo DD. circumferuntur, collocavi. Diu sudavi, antequam varias JCtorum de justitia universali & particulari sententias perciperem. Deinde in justitia commutativa & distributiva, proportione item arithmetica & geometrica hæsi. Auxit difficultatem, quod ab aliis justitiam attributricem & expletricem, tanquam lucem aliquam, superaddi viderem. Tandem vero, cum ista omnia assecutus essem, expectavi, ut fructum aliquem ex hoc labore caperem, & occasio obveniret, profundam, istarum distinctionum scientiam in usum deducendi. Sed adhuc præstolor. Video itaque me in divisionibus istis perdiscendis rei prorsus otiosæ & difficilibus nugis operam dedisse. Neque divisiones hæ in legibus nostris fundatæ sunt, sed a scholasticis in commentarios nostros invectæ. Quibus ideo potissimum subirascor, quod animadvertam, barbara ista vocabula justitiæ commutativæ & distributivæ, proportionis geometricæ & arithmeticæ, ad formidinem juventutis inventa, quæstionem continere unicam, quæ, si humanis verbis loquamur, captu facillima est. Scilicet res tota eo redit, an in administranda & exercenda justitia rationem aliquam personarum haberi, & uni propter opulentiam vel dignitatem, plus minusve, quam alteri, tribui oporteat. Atque id negandum est. Debet judex in assignandis rerum dominiis & dijudicandis contractibus summam æqualitatem observare. Excipimus tamen præmia, honores, in quibus distribuendis dignitatis ratio habetur, item onera patrimonialia, quorum majorem partem divites suscipere coguntur, nec non

onera

nera personalia, a quibus præsertim si sordidiora sint, honestiores excusantur *L. 4. C. de Dignitatibus.* Deinde, quod ad pœnas attinet, judex quoque in his infligendis, si determinatæ sint a principe, legem præscriptam sequi nullamque personarum rationem habere debet, nisi infamiam incurrere velit *L. 8. §. 2. C. Ad L. Jul. de vi publ.* At si ex arbitrio judicis pœnam committat, æquum est, ut personam spectet, in eodem crimine digniori mulctam aut aliam coërcitionem imponat, pauperem vero vel viliorem fustibus cædere jubeat. Vide *L. 16. §. 3. de pœnis L. 4. §. 1. Incendio, ruina.* En breviter & sine involucris totam ... am de justitia commutativa & distributiva, attributrice ... expletrice, proportione geometrica & arithmetica, ... ctrinam.

IV.

... terpretatio authentica legis dubiæ adhuc locum invenit, tametsi lis jam apud judicem inferiorem mota, atque etiam sententia contraria ab eo lata sit.

... gunt in hoc titulo DD. de interpretatione. Præcipua ... ejus species est authentica, quando nempe legislator ... e legem suam obscuram declarat. Ad hanc tunc recurrendum est, cum verus legis sensus a JCtis neque ex verbis neque ex ratione erui potest. Itaque cum per doctrinalem interpretationem veritas investigari potest, authentica opus non erit. Illud vero dubium videtur, an partes, ... e semel in casu dubio ad judicem inferiorem provocarint, & doctrinalem ejus interpretationem expetierunt, ... nde, cum illa contra alterutrum litigantium facta est, ... nunc ad principem recurrere, ejusque interpretationem authenticam implorare possint. Disputatum fuit de hac quæstione in Collegio JCtorum Vitembergensium Mense Julio

Julio anni clↄ Iↄccxi. Lex erat in Principatu Anhaltino de successione hereditaria. Sed ea verbis adeo dubiis concepta erat, ut incertum esset, utrum illa ad civitates tantum, an vero ad circumjacentes etiam pagos & villas pertineret. Cum itaque aliquando hac de re controversia oriretur, res ad judicem ordinarium delata est, qui etiam, adhibitis in consilium JCtis exteris, pronunciaverat, legem ad pagos & villas non pertinere. Tum vero is, quem condemnaverat, sententiam per leuterationem a viribus rei judicatæ suspendit, atque a Principe interpretationem authenticam; quod lex ad omnes omnino Principatus Anhaltini incolas pertineat, obtinet. Alter autem, pro quo Judex inferior pronunciaverat, jam non amplius locum esse interpretationi authenticæ obtendebat, electam semel interpretationem doctrinalem a partibus, hac via igitur, quam semel ingressæ sint, ambulandum, jus sibi quæsitum nec a principe auferri posse. Nihilominus tamen existimo, rem adhuc integram, & interpretationi authenticæ locum fuisse. Scilicet, cum inter privatos quoque suorum verborum quilibet optimus interpres sit, apparet certe, idem jus legumlatoribus multo magis competere debere. Itaque nec recte quidem faciunt judices inferiores, qui interpretationem sibi arrogant, cum dubia est sententia legis & mens legislatoris. Debebant tunc necessario ad pricipem recurrere, per expressam *Lib. 11. C. de Legibus.* Quodsi id non faciant, sed legem ex sua opinione explicent, legislatorem profecto obligare non poterunt, ut is sibi legique suæ diversum sensum affingi patiatur. Accedit, quod princeps secundum *L. 7. C. de Legibus* de præterito tempore & adhuc pendentibus negotiis novas leges condere possit. Poterit itaque multo magis legem antiquam in pendente negotio interpretari. Adde effatum Justiniani *in L. 12. §. 1. C. de Legibus*:

: *Definimus, omnem Imperatorum legum interpretatio-n, sive in precibus, sive in judiciis, sive alio quocunque do factam, ratam & indubitatam haberi.* Quamobrem ti etiam Vitembergenses in casu, quem recensui, sententiam a judice inferiore latam & leuteratione suspensam rexerunt, atque secundum interpretationem authenticam nunciarunt, subjectis rationibus: Dieweil die von der fil. Regierung ertheilte Declaration, welche als eine interpretatio authentica bey einem zweifelhaften und dunckeln setze allezeit statt findet, die Landes-Ordnung auf die sämtlichen denen Aemtern Zerbst und Lindau sich befindende Unterthanen erstrecket, diesemnach nothwendig zur Entscheidung dieses jetzt streitigen Falles, ungeachtet daß solcher sich vorher zugetragen, dienen muß.

COROLARIA.

ne lege actiones neque bonæ neque malæ, neque justæ neque injustæ sint.

onstans & perpetua voluntas etiam in hominem cadit.

eccat Princeps, qui in delinquentem honestiorem & viliorem easdem pœnas statuit, nisi crimen sit atrox.

inceps in lite cum civibus jure privatorum uti debet.

SPECIMEN II.
EDITATIONVM AD PANDECTAS
ITERVM AD LIB. I. TIT. I.
DE
VRISPRVDENTIA ET JVRECONSVLTO
PVBLICE DEFENSVM
A
JOANNE HENRICO WERLHOFIO.
D. XXII. JVLII ANNI CIↃIↃCCXIII.

I.

Vera causa, ob quam JCti in definitione Jurisprudentiæ rerum omnium, divinarum & humanarum, mentionem fecerunt, fuit æmulatio.



agnifica est definitio jurisprudentiæ, quam Ulpianus in *L.* 10. §. 1. *de Iustitia & jure* affert: Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia. Miratus sum sæpe, quamobrem JCtus hac definitione omnes res, etiam divinas, complexus sit. Etsi enim non ignorem, res divinas, etiam ad jurisprudentiam vulgo trahi, illud tamen omnes fateamur, necesse est, res istas divinas ad JCtum minus principaliter pertinere, præcipuam vero & excellentiorem earum partem, cultum videlicet internum, Theologorum & Philosophorum propriam esse. Neque id nescivisse JCtos veteres, existimo. Sed veram causam, propter quam illi definitionem scientiæ suæ tam late extenderint, fuisse puto æmulationem. In libera scilicet Romanorum republica neglecta jacuerat jurisprudentia, ut alio tempore ostendemus, solique oratores, milites & philosophi regnum obtinuerant. Jurisprudentia, ut *Cicero de Orat. Lib. I.* loquitur, pro ancillula tantum & pedissequa eloquentiæ tunc habebatur. Emersit tandem sub Imperatoribus, & dignitate exæquata, quin imo prælata fuit æmulis istis artibus, oratoriæ, militari & philosophiæ. Ne qua ergo in re JCti his æmulis suis cederent, vanitatem quoque eorum imitati sunt. Affectabant illo tempore omnes, qui artem quamcunque profitebantur, πολυϊςορίαν quandam, quæ artem istam complexum omnium scientiarum videri volebant. Imprimis rerum divinarum, tanquam præstantissimarum, cognitionem sibi cuncti arrogabant. De oratoribus res certa est, & ex *Ciceronis libris* præsertim

rimo & tertio de Oratore luculenter apparet, in quibus Crassus a perfecto oratore scientiarum omnium rerumque, inter quas divinas expresse connumerat, peritiam requirit. De philosophis idem *Cicero de Orat. Lib. I. Philosophi*, inquit, *qui de sua vi ac sapientia unus omnia pæne profitetur, est tamen quædam descriptio, ut is, qui studeat omnium rerum divinarum atque humanarum vim, naturam caussasque nosse, & omnem bene vivendi rationem tenere & persequi, nomine hoc appelletur.* Quin imo poetæ quoque universalem sibi omnium disciplinarum & rerum scientiam vindicabant. Non dicam de Homero, quem successores divinum & omnium doctrinarum patrem ac fontem appellarunt. Sed *Horatius* quoque *in Arte* sua *Poetica*, ubi perfectum poetam fingit, desiderat, ut is Philosophiam, eloquentiam, reipublicæ arcana, Jurisprudentiam, artem militarem calleat.

Scribendi recte, sapere est principium, & fons.
Rem tibi Socraticæ poterunt ostendere chartæ.
Verbaque provisam rem non invita sequentur.
Qui didicit, patriæ quid debeat, & quid amicis,
Quo sit amore parens, quo frater amandus & hospes,
Quod sit conscripti, quod judicis officium, quæ
Partes in bellum missi ducis.

Qua in re nec hodierni poetæ a veterum arrogantia degenerant. Certe *Jo. Laurentius Luchesinus*, qui Romæ anno 1708. *Encyclopædiam, Panegyricos & Satyras* edidit, statim *in principio libri I.* asserit, neminem poetam numeris omnibus absolutum esse posse, qui non præstet humanis omnibus divinisque doctrinis. Æquale est Mathematicorum hodiernorum supercilium, ex quibus *Aubertus*, Gallus, in libello, quem *sur l'excellence & l'utilité des mathematiques* inscribit: *La mathematique*, inquit, *n'est pas tant une science*

particuliere, que l' assemblage de toutes les sciences exactes. Sed revertamur ad antiquos. Inter hos etiam Grammatici, quos hodie Criticos vocamus, πολυϊςορίαν affectabant. Experiundos enim sese vulgo dabant & rogare se jubebant, si quis quid omnium rerum vellet dicere, ut ex *Gellio in Noctibus Atticis* passim, inprimis *lib.* 16. *cap.* 9. discimus. Quanta etiam in duce militari rerum fere omnium peritia desiderata fuerit, *Polybius lib.* 9. *cap.* 5. *&* 7. docet. Cum itaque JCti ad fastigium, de quo ante dixi, eveherentur, illis omnibus, quos recensui, eruditis inferiores videri nolebant, atque adeo ad exemplum eorum definitione Jurisprudentiæ suæ notitiam rerum omnium, inprimis autem divinarum, complectebantur.

II.

Differentia inter JCtum, rabulam & legulejum.

JCti officium duabus partibus constat, altera theoretica, altera practica. Illa in solida legum latarum scientia, hæc in peritia easdem ad facta obvenientia applicandi consistit. Vtrumque conjunctum sit in vero JCto, necesse est. Si alterutrum deficiat in aliquo, is JCti nomen injuria sibi arrogabit, cum aut rabula aut legulejus tantum sit. Legulejum vero appellamus, qui verba tantum legum perdidicit, externoque illarum cortici modicus inhæret, sed vim atque rectam applicationem ignorat. Hunc *Cicero* aucupem syllabarum *in Orat. pro Muræna* vocat. Incidunt in hoc vitium critici superstitiosi, qui ætatem suam in literis expungendis rebusque minutissimis explicandis consumunt; nec non hi, qui contra *L. 17. de Legibus* verba legum captant, easque, neglecta mente legislatoris, quam non percipiunt, nec attenta æquitate, ad casus quoscunque trahunt. Contra

'a rabula eſt, qui, poſtquam jura vix primoribus labris eguſtavit, crudam ſuam et imperfectam ſcientiam ſtatim ı forum protrudit, & leges, quas non bene intelligit, tamen pplicare conatur. Cujusmodi cantores formularum, quemdmodum a *Cicerone* lepide vocantur, *Caſpar. Zieglerus in Rabuliſtica ſive Diſſertatione de Artibus Rabulariis* mirifice epinxit.

III.

Jureconſultus ſine lege loquens non erubeſcat.

Juſtinianus Imperator in *Novella* 18. *cap.* 5. conqueritur, multos ſibi moleſtos eſſe, qui privilegia & diſpenſatioes contra jura ſcripta precibus et lacrymis efflagitent. Et *:mper equidem, ait, clemens aliquid definimus, ſed quia non oc cum lege agimus, erubeſcimus.* Ex his verbis regulam ſibi xſculpunt DD. JCto ſine lege loquenti erubeſcendum eſt. Quæ quidem ſi recte explicaretur, tolerari poſſet. Non um lege agere, hic idem eſt Imperatori, quod contra leem agere. Itaque JCto quoque contra legem quid aſſeere, turpe eſt. At plerique eam regulam ſic intelligunt; Ctum ſalvo pudore nihil dicere poſſe, niſi aut ipſiſſimis, t loquuntur, legum Romanarum verbis utatur, aut tamen ıbjecta legum allegatarum farragine ſententiam ſuam conrmet. Hoc errore inducti JCti, priſcorum maxime ſeculorum, libros ſuos vaniſſimis legum allegationibus comlent, tunc etiam, cum planum quid & indubium ex recta itione deſumtum aſſerunt. Legi nuper, non ſine tædio, ntiqui doctoris commentarios, qui nihil, quod vulgare on eſſet, continebant. Sed nihil ille ſine lege loquebaır. Multa, quæ nemo unquam in dubium vocavit, breibus verbis proponebat, e. g. Judex juſtitiam ſervare deet; furioſus neſcit, quid agat; nemini ſuum auferri debet c. At ſingulis ſententiis tot leges auctoresque ſubjecerat,

 ut

ut paginas integras impleret. Quis non rideat inutilem huiusmodi solertiam. Rectius *Surdus de Aliment. tit.* 1. *q.* 45. *n.* 58. *Legem*, ait, *quaerere*, *ubi est ratio naturalis*, *est infirmitas intellectus.* Itaque regula ex *Novella* 18. sic potius concipienda erat: Erubescere debet JCtus, qui contra legem, non semper, qui sine lege loquitur. Quapropter & nobis vitio non vertetur, si interdum decisionem quaestionis aut controversiae, omissa lege civili, ex recta ratione desumamus.

IV.

Ad JCtos non constitutio & dispensatio praemiorum & honorum, sed tamen cognitio de illis pertinet.

Apud *Strauchium in Amoen. Juris Canon. Ecloga 6. cap.* 22. reperio, *Speronem Speronium della precedenza dei Principi* existimasse, argumentum hoc de jure praecedendi ad JCtos plane non pertinere. Invenio quoque in elegantissimo *Hornii de jure proedriae seu praecedentiae libello Decade* 2. *quaest.* 4. Scabinis Lipsiensibus quaestionem motam fuisse, utrum ipsi in controversiis circa jus praecedendi respondere queant. Neque videntur omni ratione destitui, qui potestatem hanc JCtis adimere conantur. Horum enim officium utique certis limitibus circumscribendum est, ne in jura, quorum exercitium solus sibi princeps reservavit, irrumpant. Peccant profecto, qui in responsis suis & sententiis sibi interpretationem authenticam, jus item aggratiandi, poenas statutas mitigandi, dictatas remittendi vel immutandi, necnon dispensandi & alia sine principis auctoritate arrogant. Cum itaque Princeps etiam omnium dignitatum fons sit, cognitio de illis earumque jure ipsius judicio tantum reservanda videtur, quemadmodum id quo-

que

que in *L.* 5. *C. de Dignitatibus* innuitur. Nihilominus tamen, JCtos rectissime sibi jus de litibus circa jus præcedendi ortis respondendi judiciumque ferendi vindicare, existimo. Illud quidem concedo, constitutionem præmiorum atque dignitatum ad solum principem pertinere, cujus Imperium non parum labefactabitur, si hoc ejus jus cum aliis quoque communices. Si ergo certam dignitatis speciem, quam JCti in academiis ex singulari principis privilegio dispensant, excipias, nequeunt virum licet optime meritum ad honores alios evehere aut propter virtutem illi jus reliquos cives præcedendi tribuere. Nam quod Vlpianus in *L.* 1. §. 1. *de Justitia & jure* ad JCti officium pertinere dicit, ut bonos præmiorum exhortatione efficiat, hoc de jurisprudentia legislatoria, quæ apud principem est, intelligi oportet. At cum de præmiis a principe constitutis ac dispensatis controversia emergit, hanc JCti, quemadmodum cetera privilegia, ex principiis juris, quibus se conformasse princeps censetur, & regulis justæ interpretationis decidunt. Atque huc pertinet *titulus C. Vt dignitatum ordo servetur, titulus D. de Albo scribendo* & alii.

V.

Triennium, quod Canonici vel alii ex statuto impendere debent studio juris, currere incipit non a die, quo quis in album studiosorum relatus est, sed quo in academiam commigravit.

Varia extant jura, quibus ii, qui juri operam navant & ad dignitates adspirant, certos annos huic studio impendere jubentur. Nemo ignorat, jam Justiniani tempore eum, qui ad fastigium JCti eniti voluit, quinquennium in perdiscendis juribus consumere debuisse. *Constit. Omnem in Proem. D.* §. 2. Idem quinquennium in assessore

fore Cameræ Imperialis per *Ordin. Cam. P.* 1. *tit.* 3. §. 2. olim requirebatur, sed in *Recessu Imperii de anno* 1654. §. 22. remissum est, præceptumque, daß nicht zu starck auf das studium juridicum quinquennale auf teutschen Universitäten, sondern auf die Qualitäten, Geschicklichkeit und Experienz gesehen werden solle. In Britannia exigitur, ut is, qui Bacalaurei in jure honorem ambit, per quinquennium, is vero, qui Doctoris dignitatem desiderat, per aliud quinquennium Prælectorem juris civilis audiat. Vide *Parecbolas e Corpore Statutorum Vniversitatis Oxoniensis tit.* 6. *sect.* 4. Atque horum annorum tam rigidi exactores sunt Britanni, ut populares suos, qui in peregrina academia istam dignitatem susceperunt, pro Doctoribus non habeant, sed de novo, ut ipse vidi, ad absolvendum spatium præfixum compellant. In nostris academiis his, qui inter canonicos recipi desiderant, necessitas imponitur, triennium in una academia consumendi. Neque tamen ratio hic a quopiam exigitur, quomodo istud tempus transegerit, nec in profectus, quos in studiis fecerit, inquiritur. Sed sufficit probare, triennium in academia fuisse exactum. Ceterum non infrequens est, ut variæ circa hoc triennium lites exoriantur. Non injucundum futurum puto, si quæstionem ante biennium circiter in Collegio JCtorum Vitembergensium agitatam hic referam. Obtinuerat quis Canonicatum exhibito testimonio celebris cujusdam academiæ, quod in illa triennium transegisset. Determinatum quoque erat in testimonio tempus, quo advenisset in academiam, & quo iterum recessisset. Sed adversarii novelli istius Canonici, inspecto albo seu matricula academiæ, cognoverant, illum aliquot mensibus tardius, quam in testimonio asserebatur, inter studiosos relatum fuisse. Ipse quoque id non diffitebatur, sed tamen falsum subesse negabat, se enim vixisse ajebat in

aca-

academia per illud tempus, nomen vero suum apud Rectorem tardius professum fuisse. Quæstio itaque suscitabatur, utrum triennium istud a die adventus in academiam, an vero a die immatriculationis, ut vocant, sic computandum. Posterius affirmabant Canonici reliqui, hac potissimum ratione utentes, quod, qui in numerum studiosorum relatus non sit, etsi in academia commoretur, privilegiis tamen & juribus studiosi non fruatur, arg. *L. 42. de Test. milit.* ubi miles, qui nondum in numeros relatus, tametsi lectus tiro sit, & publicis expensis iter faciat, neque miles esse neque jure militari testari posse dicitur. Sed pervicit nihilominus prior sententia, triennium nempe ex die adventus in academiam incipere. Verosimile enim utique est, conditores istius statuti non ad matriculationem, ut sic loquar, respexisse. Alias enim consequeretur, eum, qui inscribi tantum nomen suum matriculæ curaret, etsi in academia prorsus non viveret, beneficii tamen capacem esse. Igitur non tam voluerunt, ut civis academicus esset, quam, ut in academia viveret & bonis literis operam navaret. Accedit argumentum ex *Auth. Habita C. Ne filius pro patre* desumtum, ubi scholaris dicitur, qui ad loca, in quibus literarum exercentur studia, venit & in eis habitat. Accedit etiam auctoritas *Horatii Lucii Calliensis in Appendice libelli de Privilegiis studentium n.* 20. ubi studiosum etiam esse, qui non immatriculatus sit, acerrime propugnat, atque inter alia hoc argumento utitur, quod in multis academiis, prout Perusii, nullæ habeantur matriculæ, atque adeo illæ ad essentiam studiosi non sint necessariæ. Respondet etiam ad *L. 42. de Test. mil.* in militibus hoc singulare fuisse, quorum certus numerus constitutus, quosque adeo ad fraudem vitandam describi necesse fuerit. Præterea ex L. *un.* §. 2. *de Bonorum poss. ex test. milit.* ostendit, relationem in numerum neque in milite semper tanto rigore desideratam fuisse.

Ceterum etsi quis in matriculam non relatus studiosus sit communibusque studiosorum juribus utatur, iis tamen privilegiis, quæ in academia, ubi vivit, studiosis singulariter tributa sunt, non fruetur, nec pro cive academico habebitur.

VI.

Doctores Juris præcedunt Consules civitatum municipalium, tametsi horum jurisdictioni subjecti vivant.

Doctores juris ab eo, quod olim obtinuerunt, dignitatis fastigio hodie aliquantulum decidisse, iis incognitum non est, qui, antiquis temporibus ipsos equites summosque principum consiliarios dignitatem Doctoris suscepisse, sciunt. Vide *Lausf. pro German. p. m.* 24. In causas istius decrementi inquirere, odiosum nimis tædiosumque foret. Interim officii nostri est, reliquias istius dignitatis, quæ tanquam ex naufragio supersunt, colligere modisque omnibus tueri. Est vero inter jura Doctorum præcipuum fere, jus præcedendi reliquos omnes civici ordinis homines. Cujus fundamentum in eo poni oportet, quod Doctoribus privilegia nobilium tributa sunt. Igitur ipsi quidem nobilibus, ad quorum exemplum ipsorum dignitas facta est, cedunt. Cedunt quoque consiliariis principum, quorum quippe honores ipsa sanguinis nobilitate majores sunt. Cedunt denique professoribus, pari licet honore destitutis, cum ab his ipsis creentur, ortumque trahant. At inter ceteros omnes eminent præcipuumque sibi locum vindicant. Neque magistratus dignitas tanta est, ut Doctoralem vincat. Cum enim satis constet, olim magistratus Doctoribus cessisse, res in eodem statu mansisse videtur, quamdiu mutatio non docebitur. Et quia equites magistratibus præferuntur, æmuli illorum, Doctores, inferiore loco esse non debent. Interim cum adhuc Collegio JCtorum Vitembergensium

assiderem, quaestionem a Senatu civitatis cujusdam non ignobilis Mense Januario anni cIↄ Iↄccxii. propositam recordor, an Consules Doctori jurisdictioni suae subjecto cedere necesse haberent. Urgebat maxime Senatus, aequissimum esse, ut civis suo magistratui cederet, asserebat praeterea, quosdam Doctores id olim jam fecisse, unum etiam rescripto Principis ad id coactum fuisse, denique addebat, dignitatem Doctoris hodie, postquam frequentior facta & subinde immeritis parumque doctis tribuatur, tantam non esse, quanta olim fuerit. Quibus tamen non obstantibus, pro Doctore responsum fuit, daß besagter Doctor denen Burgemeistern den Rang zu geben nicht schuldig. Potissimae rationes decidendi sunt (1) privilegia nobilitatis, quae Doctoribus non solum ex consensu interpretum, sed ex legum publicarum, imprimis *Ordinationis Politicae de anno* 1530 *tit.* 15. & *de anno* 1548. *tit.* 12. competunt, (2) mos antiquus, quo Doctores indubie ceteris omnibus fuerunt praelati, quique, nisi mutatio clare doceatur, adhuc vigere praesumitur, (3) consuetudo hodierna pleraturnque civitatum. Neque oberat quidquam Doctori, quod is se iurisdictioni Consulum subjecisset, cum neque absurdum, neque infrequens sit, ut civis magistratum suum honore & dignitate antecedat. Recte Vlpianus in *L.* 14. *de jurisdictione*: *Est*, inquit, *receptum*, *eoque jure utimur*, *ut*, *si quis major vel aequalis subjiciat se jurisdictioni alterius*, *possit ei adversus eum jus dici.* Deinde, quod quidam ante eum sponte fecerant, neque Consulibus jus adversus alios tribuere, neque Doctori jus suum adimere potuit, propter *L.* 74. *de Regulis Juris.* Tum rescriptum Principis, cum non generale, sed adversus unum saltem elicitum esset, contra similes personas extendi non debebat *L.* 14. *de Legibus.* Denique fac etiam, indignos interdum honoribus Doctoris ornari. Liberalitas haec eorum, quorum arbitrio ista dignitas dispensatur, nocere non

 debet

debet viris bene meritis & doctis, qui eam legitime impetrarunt. Quemadmodum Consulibus fraudi esse non potest, quod interdum homines ex plebe & rudes ad gravissimum istud munus admoveantur.

Postquam hæc scripseram, objurgatus fui, quod generaliter locutus non exemerim terras Brunsuicenses, in quibus diversum jus obtinere perhibetur. Ego, qua sum facilitate, lubenter errorem fatebor, veniamque petam, at ea lege, ut ignoscatur etiam Divo Augusto, Brunsuicensium Principi, qui jus istud mecum ignoravit, atque in constitutione de sponsalium, nuptiarum, baptismi & funerum solennibus omnes sibi subjectos in tres ordines divisit, & in primo Doctores cum Licentiatis, in secundo Consules aliquoties collocavit. Non negabo tamen, posse per consuetudinem in civitate quadam introduci, ut Consules Doctoribus anteferantur. Cujus rei exemplum vide apud *Hornium de Jure proëdriæ Decade 2. quæst. 1. §. 2.*

COROLLARIA.

1 Titulum Codicis de summa Trinitate & Fide catholica JCti sibi sine injuria Theologorum recte vindicant.

2 Cogitationes malæ puniuntur, si quis eas habuisse convinci possit.

SPECIMEN III.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS ADHVC AD LIB. I. TIT. I.

DE

JVRE NATVRÆ ET GENTIVM

PUBLICE DEFENSUM

AB

ALBERTO RIPER PALÆOGEA-BREMENSI.

D. XXIX. JVLII ANNI CIↃ IↃ CC XIII.

I. Nullum

I.

Nullum est jus gentium, a jure naturæ diversum.

II.

Venenorum in bello usus jure gentium non prohibetur, sed ex jure naturæ saltem dissuadetur.


revior ero in hac lite decidenda, cum eam a multis aliis excussam animadvertam. Nullum est jus gentium, quod a jure naturæ vere diversum sit. Eadem Justiniani nostri sententia est, qui, etsi *in tit. I. de Jure naturæ, gentium & civili* jus naturæ a gentium jure distinguat, deinde tamen jus gentium describit, *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*, adeoque suum nobiscum consensum aperte declarat. Vide etiam §. 41. *I. de Rerum div.* ibi: *jure gentium, id est, jure naturali.* Sed cum Justiniani auctoritate hæc res evinci nequeat, aliis argumentis opus est. Videlicet universale aliquod gentium jus præter jus naturæ non dari, apparet 1) ex eo, quod inter gentes nullus sit superior, sine quo tamen jus nullum esse poterit, 2) quod moratiores gentes nullum sibi in reliquas imperium, nullamque legislatoriam potestatem asserere queant, 3) quod incertum maxime sit, quænam gentes sint moratiores, cum singulæ sibi hanc dignitatem attribuant, atque verosimile videatur, gentes Asiaticas & Americanas elegantia & honestate morum, nec non provida reipublicæ administratione Europæas, si non superare, certe æquare. Respondendum etiam est, sed paucis, ad eorum argumenta, qui particulare sibi aliquod gentium jus, quod non quidem ad omnes, sed ad multas gentes pertineat, fingunt. Fateor quidem, posse plures gentes pactum aliquod inter se seu expressum, seu tacitum inire. At hoc jus non erit, si proprie vocem juris accipias, sed pactum, quod ex regula ista juris naturæ: Omnia pacta

honesta servanda sunt; firmitatem suam accipiet. Jus enim proprie dictum esse nequit, nisi inter eos, qui vinculo aliquo continentur & in peculiarem societatem seu collegium coierunt. Sed fac tamen, posse plures gentes inter se jus aliquod particulare facere, necesse profecto erit, nisi vocem juris nimis late extendere velis, ut non duæ vel tres in id consenserint, sed magna gentium pars, veluti Europææ omnes, id sibi jus constituerint. Sic vero exempla deficient. Securitas legatorum, ab hoste etiam ad hostem missorum, ex jure naturæ dependet. Idem est in ceteris, quæ vulgo afferuntur. Vnum est, ad quod responsio paulo difficilior videtur; quod in bellis scilicet a venenis abstinendum sit. Id certe ex jure naturæ non proficiscitur, quod hosti suo quovis modo nocere permittit, quemadmodum inter Theologos quoque *Danhauerus Coll. Decal. pag.* 714. adversus *Osiandrum* dissentientem ostendit. Nihilominus tamen in gentes plurimas constanti consuetudine id servatur, ut etiam, qui venenis utitur, adversus jus gentium peccare dicatur. Neque ratio, quam *Osiander* affert, sufficiet, quod in codice sacro nullum ejusmodi exemplum occurrat. Videmus enim, gentes, etiam codicis sacri ignaras, usum venenorum in bellis abominatas esse. De Romanis certe res indubia est per ea, quæ *Cicero L.* 3. *de Officiis*, *Tacitus Annalium Lib. II. Cap.* 88. *Gellius Lib.* 3. *Cap.* 8. habent. Adde *Silium Italicum Lib.* 3. *v.* 272. ubi Nubas ait:

Et lino munire latus, sceleratque succis
Spicula dirigere, & ferrum infamare veneno.

Ex Christianis populis multos afferre possem, qui venena detestati sunt. Sic Veneti apud *Bembum Historiæ Venetæ Lib.* 3. *in fine* Tristano mortem Caroli regis hostis

is reipublicæ infensissimi per venenum pollicenti respon-
ent: *Ejusmodi contra hostes insidiis ad eum diem nun-
iam usam rempublicam fuisse, cum sæpenumero potuerit:
que nunc velle incipere: magis Deos immortales, quam
manas opes vereri; porro vinci ab suamet nequitia illos,
i per scelus alios vincere perque nefas parant.* Taceo
arum gentium testimonia. Et tamen omnia me, ut
enenorum usum in bellis jure gentium prohibitum existi-
iem, non adducunt. Cui enim fundamento innitetur
ud jus? Non pacto expresso. De hoc quippe nullum
estigium extat. Ergo necesse est, ut ad tacitum pactum
u consuetudinem confugias. Ea vero constans & perpe-
ia nulloque actu contrario interrupta sit, oportet, ut jus
roducere queat. At multas reperies gentes etiam ex
ioratioribus, quæ aliquando venenis usæ sunt. Getas,
e quibus *Plinius XI,* 53. Parthos, de quibus *Lucanus*
X, 304. Æthiopes, de quibus *Claudianus Stilicon. v.* 351.
on recensebo, quos fortasse barbaros fuisse aliquis mihi
bjiciet. Ipsi Romani non semper in eadem sententia
ierunt. *Bald. Lib.* 2. *Consf.* 188. Vegetium, cujus de re
ilitari commentarii extant, docere ait, licitum esse, ho-
em veneno occidere. Istum tamen locum, ne quid
issimulem, in *Vegetio* non potui reperire. Sed clarius
xemplum *Florus* mihi suppeditat. Is *Lib.* 2. *Cap.* 20.
iemorat, Aquilium Consulem, qui publica populi Ro-
iani auctoritate bellum in Asia gessit, mixtis veneno
ontibus quasdam urbes ad editionem compulisse. Fa-
tum vero istud, etsi a Floro vituperetur, a Senatu ta-
ien populoque Romano approbatum fuit, qui Aquilio
b confectum tali veneficio bellum triumphum decrevit,
este *Vellejo Paterculo Lib.* 2. *Cap.* 4. Vide *Sigonii fastos
onsulares p. m.* 411. De Solone, seculi sui sapientissimo
iro, de Amphictyonibus, de Gallis & Scotis veteribus
vene-

veneni usum contra hostes probantibus agit *Albericus Gentilis de Jure belli Lib.* 2. *Cap.* 6. Sed veniamus ad Christanos. De Hispanis idem Albericus *d. l.* ex *Fallopio* memorat, eos obsessos Neapoli a Gallis nocte egressos veneno puteos infecisse, atque præterea pistores Gallorum corrupisse, ut gypsum pani admiscerent. Quale quid etiam Manuelem, Constantinopolitanum Græcorum Imperatorem fecisse, vel fieri jussisse, ut calce farinæ immixta cibus pestifer hosti redderetur, non obscure innuit *Nicetas Choniates Libro I. de Rebus gestis Manuelis Comneni.* Vide porro de Hispanis toxico utentibus *Thuanum Lib.* 48. Refert *Kulpisius in Collegio Grotiano Exerc.* 11 §. 7. Germanos Gallosque anno clɔ Iɔ c LXXV. Argentorati pactum iniisse, ne quis in bello, quod tunc invicem gerebant, venenis uteretur. Quo pacto profecto opus non fuisset, si venenorum usus ipso jure in bello interdiceretur. Non deficerent exempla alia, si ulterius inquirere luberet. Sed sufficient ea, quæ attuli, ut secure concludamus, usum venenorum in bellis jure gentium neque universali neque particulari prohiberi. Consentit mecum *Baldus Lib.* 2. *Cons.* 188. Quem qui refellunt, *Albericus Gentilis*, *Kulpisius*, aliique parum firmis rationibus utuntur, fatenturque ipsi, fontes injectis cadaveribus & aliis medicaminibus corrumpi, serpentes item & venenatas bestias hostibus objici salvo jure gentium posse. Quæ remedia profecto a venenis non differunt. Interim fatendum est, gentes Christianas hodie plerumque a venenis abstinere. Id vero non ex obligatione & jure quodam, sed ex metu mutuo descendit, qui belligerantes sæpius movet, ut incendia, direptiones villarum & civitatum atque alia, quæ facere jure potuissent, omittant. Ex eodem metu a venenis quoque abstinent, quia vident, hostem, si ipsi adhibeant, iisdem contra se usurum esse. Quod ne fiat, consulto venenis non utuntur, salutique suæ ita pro-

spiciunt,

ciunt. Et hac ratione vera eſt *Zentgrafii in Diſſ. de arm. bell probib.* §. 7. ſententia aſſerentis, jus naturæ uſum venorum non quidem legaliter prohibere, ſed, ne fiat, ıdere.

III.

Jus naturæ etiam ſine primo aliquo principio eſſe poteſt.

finitæ ſunt de primo principio juris naturæ controverſiæ, neque illæ demum ſeculo ſuperiore excitatæ fuerunt, ſed tiquiſſimæ ſunt, atque hodie ſaltem aliis verbis, ut res ıva videatur, proponuntur. Diſputationes enim vetem Philoſophorum de ſummo bono nullum alium finem buerunt, quam, ut primum iſtud fundamentum, cui jutia & bonitas actionum humanarum innititur, inveſtigant. Poſtquam vero incertitudinem, quæ tot diſſenſionis in jus naturæ introducta eſt, conſidero, ad eorum ſententiam ferme accedo, qui nullum primum juris naturæ incipium eſſe dicunt. Scilicet Deus hominibus lumen ctæ rationis idque tam clarum & evidens indidit, ut conſtim, quid bonum malumque ſit, cognoſcere, neque ius ad principium aliquod primum confugere neceſſe haant. Accedit altera ratio, quod, ſi primum aliquod incipium eſt, oporteat illud evidentiſſimum eſſe atque tim homini etiam ſimpliciori innoteſcere. At inter tot ſenſiones viri etiam doctiſſimi incerti ſint, neceſſe eſt. ınique dantur profecto actus, quos malos eſſe unicuique ſta ratio dictitat, cujus malitiæ fontem tamen nemo adc inveſtigavit. Sic, niſi ſenſum humanitatis exuere ve negare nequis, matrimonium cum matre contra rectam ionem & jus naturæ eſſe, a quo omnes fere gentes pertuo abhorruere. At iſtius horroris cauſam ad certum incipium referre, difficile erit. Igitur ſic ſentio: Jus na-

turæ est dictamen rectæ rationis, unicuique ex suo lumine statim ostendens, quid bonum malumve sit.

IV.

Socialitas Pufendorfiana primum principium juris naturæ esse nequit.

Si quod tamen velles primum principium admittere, socialitas profecto Pufendorfiana id non erit, in qua quippe nullum fere ex primi principii requisitis occurrit. Primum enim principium, necesse est, ut sit evidens, directum seu adæquatum, perpetuum, universale & omnium supremum: Nihil horum pæne socialitati convenit. Deficit 1) evidentia, quæ tanta esse debebat, ut homo simplicior eam confestim sine longa argumentatione cognoscere posset: Deinde 2) primum principium adæquatum & directum esse debet, ex quo officia erga Deum, alios homines & se ipsum directe & liquide proficiscantur. At quis non videt, longa ratiocinatione opus esse, ut officia erga Deum & te ipsum ex socialitate deducas. Tum 3) perpetuum & universale non est. Fac enim, hominem a nativitate in deserto expositum, qui ignoret, alios homines esse. Is profecto rectam rationem & jus naturæ habebit, etsi socialitatem ignoret. Fac etiam, hominem, qui olim cum aliis vixit, nunc a consortio eorum segregatum vivere nullamque spem ad illud redeundi habere. Is tamen propterea ab obligatione juris naturæ non liberabitur. Denique 4) quod præcipuum contra Pufendorfium argumentum est, principium ejus non est primum seu supremum. Necesse enim est, ut ipse in illo demonstrando ad superius aliquod recurrat. Ostendit scilicet *in libro de jure naturæ & gentium lib. 7. c. 1. §. 1.* homini ideo societatem colendam esse, quia sine ea salvus felixque esse nequeat. Ergo studium

ılutis & felicitatis propriæ ſuperius adhuc eſt ſtudio ſocialiıtis. Quodſi itaque quis ſine primo principio juris naturæ ſſe non poſſet, ei conſulerem potius, ut ſtudium ſalutis & ɛlicitatis propriæ pro principio aſſumeret.

V.

'ræter officia erga Deum, alios homines & ſe ipſum, datur quarta ſpecies officiorum erga creaturas inferiores.

Schilterus *in Manuductione Philoſophiæ moralis ad Jurisprudentiam p.* 34. poſtquam tres iſtas præcipuas officiorum claſſes recenſuit, quartam quoque, ſed quaſi dubitaɔundus, addit, ſcilicet erga naturam inferiorem brutorum. Poſtea *Menkius* quidam Jenæ diſſertationem *de Officio hominis erga naturam inferiorem* habuit. Vtrique ego facile aſſentio, putoque, eſſe aliquam peculiarem in homine non ſolum erga bruta, ſed & erga ceteras creaturas obligationem, quæ tamen longe ab ea obligatione, qua quis Deo, ſibi aliisque hominibus obſtrictus eſt, ſuperetur. Ex hac obligatione dependet, quod creaturas iſtas ignobiliores, etſi humano generi plane inutiles, dummodo nocivæ non ſint, perdere non liceat, quod animalia cruciatibus afficere contra jus naturæ ſit, quod, qui creaturas iſtas citra neceſſitatem vel utilitatem ad luxum ſaltem conſumit, peccet, quod nimio labore fatigari non debeant. Cujus obligationis veſtigia in jure quoque divino poſitivo *Proverb. XII.* 10. *Exod. XXIII,* 12. *Deut. XXV,* 4. occurrunt. At jure civili hæc erga creaturas inferiores obligatio incognita eſt. Tametſi enim leges in plerisque provinciis de feris per nimias & intempeſtivas venationes non exſtirpandis, de piſcinis non exhauriendis, de arboribus & ſilvis modice cædendis, extent, hæc tamen jura non in

 favo-

favorem ferarum nemorumque, sed aliorum hominum constituta sunt, quorum, ut & totius reipublicæ secundum §. 2. *I. de His qui sui vel alieni juris* interest, ne sua re quis male utatur. Quodsi vero quis citra magnum aliorum detrimentum rebus suis abutatur, animalia sua excruciet, fame enecet, pœnis humanis non subjacebit. Quapropter merito ridemus rigorem Murati, Turcarum Imperatoris, qui apud *Thevenotum*, *in Itinerario Orientali lib.* 1. *cap.* 38. hominem pœna affecit, quod is, dum ipse comederet, equum suum inpransum & onustum adstare passus esset.

VI.

Propter manifestam æquitatem negotium ex defectu solemnitatis ipso jure nullum sustineri debet.

Nihil tam judici & JCtis præstandum est, quam, ne ex cerebrina æquitate a jure scripto recedant. At vero id quoque illos providere oportet, ne ex altera parte, cum evidens est æquitas, verba legum pressius sequendo contra legislatoris intentionem agant. Is enim generaliter constituit, ut in omnibus rebus præcipua æquitatis, quam stricti juris, ratio habeatur. *L.* 8. *C. de Judiciis.* Nulla vero est opportunior applicandæ æquitatis occasio, quam, cum de solemnibus negotiorum controversia est. Impugnatur sæpe testamentum aut contractus aut actus judicialis ex eo solo, quod circa solemnia quid omissum sit. De veritate autem & seria disponentium voluntate nullum dubium est. Magna hic inter JCtos lis nascitur. Aliqui officium judicis nimis liberaliter extendunt, alii id angustioribus, quam debebant, limitibus circumscribunt. At ipsæ LL. quid faciendum sit hac in re, clarissime præcipiunt. Sic enim Marcellus in *L.* 183. *de regulis juris: Etsi*, inquit, *nihil facile mutandum est ex solemnibus: tamen, ubi æquitas evidens poscit, subvenien-*

veniendum est. Regulariter scilicet negotium, ad quod partes negligentiores debita non adhibuerunt solemnia, irritum declarari debet. Cum vero tales obveniunt circumstantiæ, quæ omissionem istam excusant, aut ex quibus manifesta æquitas elucet, negotium illud confirmandum est. Non memini, me reperisse exemplum elegantius eo, quod apud *Fabrum in Codice lib. 6. tit. 5. def.* 2. occurrit. Detrusus in carceres iniquiores ob falsam accusationem, cum gravissimo morbo laboraret, & ad confitenda peccata parochum, ad suprema vero ordinanda notarium testesque flagitaret, utriusque petitionis repulsam inhumaniter passus commentariensi, quod is nonnullorum magistratuum imperio prohiberi se diceret, ne quemquam omnino, nisi impetrata prius venia, accedere pateretur, palam heredem nuncupaverat uxorem suam clarissimam, commentariense ipso præsente cum uxore fratreque. Scripturam ea de re commentariensis, mandante testatore, confecerat, quam subinde testator propria subscriptione firmarat. Quærebatur inter uxorem & agnatum, an valeret testamentum, cum de testatoris voluntate tam per scripturam, quam per tres illos testes constaret, nec difficile tantum, sed etiam prorsus ἀδύνατον fuisset, ut plurimum testium copia haberetur. Sabaudiæ Senatus nullum id pronunciavit. At ego, si unquam, hic certe *Legi* 183. *de Regulis Juris* locum fuisse existimo: *Etsi nihil facile mutandum est ex solemnibus; tamen, ubi æquitas evidens poscit, subveniendum est.* Quæ contra a *Fabro in d. def.* 2. & *def.* 22. ubi nec principem testamentum hoc validum efficere potuisse asserit, argumenta feruntur, facili negotio diluentur. Ait, legem duram quoque a judice attendendam esse *L.* 12. §. 1. *Qui & a quibus manum.* Id verum quidem est, sed tunc saltem, cum ipsum, quod jubet lex, durius videtur, non etiam, cum generalis legis dispositio per æquam interpretationem mol-

liri poteſt. Tunc enim potius ad *L.* 8. *C. de Judiciis* recurrendum erat. Deinde, ait, principem erubeſcere, cum alicui contra legem ſubvenit *Nov.* 18. *c.* 5. At Novella clare de caſu loquitur, cum princeps citra juſtam rationem ex mera clementia quid contra leges indulget. Denique fruſtra urget, jus agnato jam quæſitum fuiſſe, cui quippe teſtamentum ex æquitatis ratione validum obſtabat.

VII.

Ex evidente æquitate judex legem, inconſulto etiam principe mitigare & interpretari poteſt.

Hanc ſententiam noſtram ex ſæpius memoratis *L.* 8. *C. de Judiciis* & *L.* 183. *de Regulis juris* confirmamus, ubi JCtis, æquitatis præ ſtricto jure rationem habere, præcipitur. Grave dubium ex *L.* 1. *C. de legibus* movetur, in qua Conſtantinus, *Inter æquitatem*, ait, *usque interpoſitam interpretationem nobis ſolis & oportet & licet inſpicere.* Placet hic reſponſio *Ziegleri de Juribus majeſtatis lib.* 1. *c.* 6. §. 15. diſtinguentis inter æquitatem evidentem & dubiam, ſive, ut ipſe loquitur, intrinſecam & extrinſecam. In hac nullæ judicis inferioris partes erunt, bene autem in illa.

COROLLARIUM.

Jus naturæ in bruta non cadit, quicquid etiam *Schilterus Exercit.* 1. *Coroll.* 1. ad defenſionem Vlpiani dicat.

SPECI-

SPECIMEN IV. EDITATIONVM AD PANDECTAS RVRSVS AD LIB. I. TIT. I. DE JVRE PVBLICO

PVBLICE PROPOSITVM

A

JOHANNE HENRICO DE VSLAR

GOSLAR. SAX.

D. V. AVG. ANNI CIↃ IↃ CCXIII.

I.

Monopolium juris publici ad JCtos non pertinet.

Monopolia uti commerciis in republica maxime nocent, sic quoque inter eruditos non minore damno bonas literas afficiunt; quas tunc lætissime efflorescere videmus, cum, qui fiduciam studiorum suorum habent, bonas artes tradere non rohibentur. Sed hac in re aliquando etiam JCtos peccasse, animadvertimus. Equidem juris naturalis & publici isciplinam ad illos etiam pertinere, nemo hucusque extit, qui serio negaret. Ad quod aliqui eorum eam sibi solis rrogant, ceterosque omnes ab eadem excludunt, in hoc raviter peccant. Imprimis dici non potest, quantum hæc rrogantia damnum juri publico attulerit. Extiterunt olim, ui jus publicum non, nisi ex Jure Justinianeo & legibus criptis, hauriri debere, affirmarent, omnesque adeo, quæ nter Principes nascerentur, controversias exinde decideent; qui, si quæ inter illos de juribus & prætensionibus

ut

ut vocant, lis oriretur, actionem finium regundorum instituendam esse, aut eum, qui terras alterius invasisset, crimen termini moti commisisse, jura Electorum ex *titulo de Officio præfecti prætorio*; quo nomine Fridericus Sapiens Elector Saxo in diplomate academiæ Vitembergensi dato insignitur, ceterorum Principum ex *titulo de Officio præsidis* desumenda esse, dicerent. Taceo certas ineptias, quibus jus publicum adeo inquinarunt, ut in eo repurgando adhuc viri solide docti occupentur. Neque Germani JCti soli hac in re peccarunt. Idem exteri quoque fecere, ut in caussis ad statum publicum regni sui pertinentibus non aliud, quam ad jura Justinianea, refugium haberent. Quis risum teneat, cum in annalibus regni Gallici legit, quid a Ludovico XIII. circa annum cIↃ IↃ c xxxiv. factum sit. Frater ejus, Dux Aurelianensis, in dissidio cum Rege ad Ducem Lotharingiæ confugerat, atque contra voluntatem Regis sororem Ducis in matrimonium duxerat. Ea res non parum Regis Richeliique animum offenderat. Igitur ambo vindictæ cupidi, ne quid tamen contra leges fecisse viderentur, JCtos consulebant. Facile fuisset consilium, si quidem hi illud ex naturali & publico regni, cujus vasallus Dux Lotharingiæ erat, jure sumere voluissent. At hoc JCto indignum videbatur. Itaque actionem aliquam ex jure Justinianeo circumspiciebant, qua Rex uteretur. Commodiorem vero reperire non potuerunt, quam accusationem de raptu. Hanc ut publice rex non sine ludibrio adversus Ducem sororemque ejus intentaret, effecerunt. Miror profecto, legulejos istos de actione utili de servo corrupto non cogitasse, quam certe arg. *L. 14. §. 1. de Servo corrupto* verosimilius, quam illam de raptu, instituissent. Sed absurda hæc inde proficiscuntur, quod JCti quidam juris publici monopolium sibi vindicant atque id ex legibus Justinianeis tantum hauriendum putant. Nos rectius

docti, æquales in eo esse JCti & historici partes, scimus,
deo, ut neuter sine altero quidquam in eo præstare possit.
aque, quisquis jus publicum vel tradere vel consilia exinde
are vult, aut JCtus sit historiarum peritus, aut historicus,
gum scientia instructus, oportet.

II.

Juris publici cum privato arctissima est cognatio.

Utriusque juris idem scopus est, salus nempe reipublicæ. Nam & hanc supremam in jure civili legem esse, nemo nquam dubitavit. In eo aliquantulum differunt, quod jus rivatum istam salutem, singulis civibus bene prospiciendo : de personis, bonis, juribus & delictis illorum disponeno, promoveat; jus publicum autem illa tractet, quæ diecto ad utilitatem reipublicæ tendunt, atque administraionem ejus, jura Procerum & alia hujus generis concerunt. Interim multa sunt capita, in quibus ambo jura ccuratissime conveniunt. De communi utriusque fine, alute scilicet publica, jam diximus. Deinde ambo jura ad isciplinam unius, JCti scilicet, pertinent. Tum aliquot octrinæ, in quibus publica & privatorum salus æqualiter ertitur, in utroque jure pariter tractantur. Sic doctrina le judiciis & processu non minus legibus civilibus, quam ublicis continetur, cum ea & ad privatorum & ad publias Procerum causas pertineat. Ita quoque crimen de vi ublica in ambobus juribus tractatur, quia per id & publia & privata securitas læditur. Denique cum in controersiis Principum jus commune observari jubeatur, *Ord. Cam. P.* 2. *tit.* 4. accidit sæpissime, ut decisio causæ cujuslam publicæ ex privato jure desumenda sit. Sed & vice ersa jus publicum interdum ad dirimendas controversias rivatas adhibetur. Utrumque aliquot exemplis ostendere ion pigebit.

III.

Privilegia ab Episcopis Germaniæ, qui status imperii non sunt, contra jus commune civibus indulta, nullius momenti sunt.

Mense Majo anni cIↄ Iↄ cc xI. sententia ICtorum Vitembergensium super hac controversia expetebatur. Eques aliquis in prædio suo, civitati cuidam vicino, jus coquendæ & vendendæ cerevisiæ per aliquot annos quiete exercuerat. Ei tunc civitas ista litem hac de re excitabat, atque fundamentum actionis suæ ponebat in jure, quod in plerisque Germaniæ provinciis consuetudine receptum, in Saxonia vero, ubi lis ista agitabatur, etiam lege publica stabilitum est, ut pagi & villæ, non ultra unum milliare a civitatibus dissitæ, cerevisiam coquere & vendere nequeant, sed emolumentum hoc solis urbibus relinquere necesse habeant. Eques contra afferebat literas investituræ majoribus suis a Michaele, Episcopo Merseburgensi, datas, quibus simul privilegium, ut ipsis coquere & vendere cerevisiam liceret, continebatur. Istud privilegium magnopere impugnabat civitas, sed non minore contentione tuebatur eques. Lis tota privatam tantum utilitatem respiciebat. Eam tamen ex principiis juris publici decidere oportebat. Scilicet quæstio eo redibat, an Episcopus Merseburgensis privilegium contra jus commune indulgere potuerit. Soli principi facultatem istiusmodi privilegia tribuendi competere, etiam juris Romani interpretes propter L. 1. §. 2. *de Constitutionibus principum* fatentur. Neque aliud jure publico Germaniæ constitutum est. At dubium remanet, quis secundum illud princeps dicendus sit. Nos principem hic unumquemque vocamus, qui legislatoria potestate instructus est. Itaque hoc nomine non Cæsarem solum, sed ceteros omnes Ordines Imperii, quibus ex *Instr. Pacis Osnabr. art.* 8. superioritas

oritas territorialis competit, atque inter hos etiam immeiatos Comites, Barones & Prælatos, nec non Civitates Imerii comprehendimus. Excludimus autem qui Principis uidem nomen gerunt, leges autem ferre neqeunt, quales int Principis filii, etiam hereditarii, quamdiu pater vivit, em apanagiati, & uxores principum. Quid vero de Episcois & Archiepiscopis dicendum? Illis omnibus dignitatem rincipis tribuunt juris canonici DD. atque ad *c.* 37. *X. de ræbendis*, ubi Episcopatus culmina dignitatum vocantur, rovocant. At in imperio nostro magna est inter illos difrentia. Alii enim eorum superioritate territoriali gauent, solique Imperatori tanquam Imperatori, parent. Et i proprie Principes vocantur. Alii vero Principibus &)rdinibus Imperii aliis, quod ad terras suas, subsunt. Atue hi, tametsi communiter Principes vocentur, re vera imen tales non sunt, & propterea neque leges condere, eque privilegia indulgere possunt. Catalogum hujusmodi rchiepiscoporum & Episcoporum nectere, nostri jam non st instituti. Inter illos, qui Archiducibus Austriæ subjei sunt, præcipuus est Archiepiscopus Pragensis, Episcopi 'indobonensis, Gurcensis, Neustadensis & alii. Archieiscopo Salisburgensi paret Episcopus Chimensis. Tres piscopatus, Brandenburgensem, Havelbergensem & Luussiensem Elector Brandenburgicus, teste *Conringio ad ampad. Part.* 3. *C.* 6. §. 4. jam tum seculo sexto decimo, roductis in judicio publicis documentis, suo Marchionaui vindicavit. Tres quoque isti Episcopatus, qui in terriorio Saxonico continentur, Misnensis, Merseburgensis c Naumburgensis, tametsi insignibus aliqot iuribus & realibus præ ceteris subjectis fruantur, tamen superioritate erritorii, &, quæ ex hac dependet, legislatoria potestate ræditi non sunt, sed Electorem Saxoniæ Principem suum gnoscunt. Id quod olim jam validissimis argumentis Joh.

Fridericus Elector contra Julium Pflugium ostendit apud *Hortlederum de caussis belli Germanici Tom. I. Lib.* 8. *Cap.* 11. & *Tom. II. Lib.* 5. *Cap.* 18. Quapropter cum sine jure leges ferendi facultas quoque privilegia concedendi subsistere nequeat, non dubitarunt JCti Vitembergenses, privilegium istud irritum declarare: **Es ist der von Bischof Micheln anno 1560 ertheilte Lehnbrief, in welchem die Worte: allerley Bier und Wein zu schencken, eingerücket worden, nicht zu attendiren, in Erwegung, daß ermeldeter Bischof keine superioritatem territorii gehabt, also keine Freyheit und privilegium wider die Landes-Ordnung geben können.**

IV.

Falsa sunt documenta seculi sexti decimi, in quibus mentio fit **Churfürstlicher Durchlauchtigkeit.**

Offerebantur Collegio JCtorum Helmstadiensium acta, quibus causa inter privatos agitata continebatur. In illis actor inter cetera documenta privilegium aliquod sibi ab Electoribus Brandenburgicis seculo sexto decimo tributum afferebat, in quo Electori semel atque iterum titulus der Durchläuchtigkeit dabatur. Equidem Principes Electores istum sibi titulum jure optimo vindicare, ignotum nobis non erat. Sed id etiam ex scriptoribus juris publici & monumentis veteribus noveramus, titulum istum seculo sexto decimo recentiorem esse. Serenitatem jam Zeno Imperator in *L.* 3. *C. Ubi Senatores* usurpavit. Eandem Serenitatem quoque Richardus Imperator in Edicto de anno clɔ ccLXII. quo civitas imperialis Tigurina ab iniqua proscriptione eximitur & Imperio asseritur, sibi adscribit apud *Goldastum Constit. Imper. tomo* 1. *p.* 308. At vocem Germanicam Durchläuchtigkeit, inusitatam antea, seculo demum

mum septimo decimo Bavariæ Duces, ut *Oldenburg. in mn. enucl.* 20. *c.* 18. *n.* 8. docet, invexerunt, a quo tempore Electores, omisso vetere titulo Churfürstliche Gnaden, inc novum adhibere ceperunt. Quibus rationibus comoti, documentum istud tanquam spurium & suppostitium jicere non dubitavimus. Id tamen haud inficiamus, tilos erleuchtet, irrlauchtig, durchlauchtig longe vetustiores seculo jam quarto decimo cognitos fuisse. Sic in *Aureæ ullæ cap.* 7. Electores erleuchte appellantur. Quin *Schilteus in Institutionibus juris publici tom.* 2. *p.* 312. diploma ini CIↃ CCCCX. affert, in quo Rupertus Imperator allerurchlauchtigst vocatur. At vocem Durchlauchtigkeit, nuiam in antiquiorum seculorum monumentis reperies.

V.

Pluralitas votorum locum non habet inter Principes plures in communione viventes.

Videamus porro exemplum, ubi controversia ad publicum jus pertinens ex privato jure decidi debebat. Tres rincipes, inter quos arctissima necessitudo intercedebat, rovinciam quandam simul obtinebant atque communi conilio indivisam administrabant. Sed non raro negotia maimi momenti incidebant, in quibus illi invicem dissentieant. Inprimis vero convenire non poterant in electione & dimissione ac remotione ministrorum & consiliariorum. Duo tamen ex illis plerumque conspirabant & compellere ertium illum volebant, ut id, quod sibi tanquam majori arti placuisset, ipse quoque admitteret. Qui cum obsequi nollet, ex JCtis Vitembergensibus quærebat, num quæ ibi necessitas hac in re a duobus reliquis imponi posset. Aderant quidem pacta familiæ, sed hæc obscuriora paulum, it adeo ad jus commune confugere necesse esset. Ex hoc

 itaque

itaque a duobus consentientibus Principibus ista maxime ratio offerebatur, quod inter plures dissentientes semper major pars vincat. Imprimis urgebant *L.* 39. *de rejudicata,* in qua Celsus: *Duo*, ait, *ex tribus judicibus*, *uno absente*, *judicare non possunt*: *quippe omnes judicare jussi sunt. Sed si adsit*, *&* *contra sentiat*, *statur duorum sententia.* Nihilominus tamen verius est, inter plures Principes, in communione viventes, ad pluralitatem suffragiorum respici non debere. Jus enim hoc, quod major pars vincat, non ubivis, sed tantum in collegiis & universitatibus, quales sunt curia, consessus judicum, in quibus nulla singulorum utilitas vertitur, locum habet. Vide *L.* 19. *Ad municipalem.* At, cum plures non in collegium aliquod coivere, sed in communionem rerum suarum inciderunt, aut societatem inierunt, tunc, quia singulorum in singulis causis maxime interest, iniquum foret, uni a reliquis per plura suffragia damnum præjudiciumqne afferri. Hic igitur jura præcipiunt, ut, quod omnes tangit, ab omnibus quoque approbetur *c.* 29. *de Regulis juris in 6to,* ut in re communi melior sit ratio prohibentis *L.* 28. *Communi dividundo*, ut plures fundi domini, uno solo dissentiente, fundo servitutem imponere nequeant *L.* 11. *de servitutibus præd. rustic.* Quapropter rectissime *Hugo de Stat. region. German. c.* 6. §. 17. *& Itterus de Feudis Imperii cap.* 13. §. 18. statuunt, inter Principes, qui in communione vivunt, communionis privatæ regulam observandam esse, & vel unum dissensu suo reliquorum decreta impedire posse. Atque ita etiam JCti Vitembergenses Mense Septembri anni CIↃ IↃ CCX responderunt: Weil die gemeinen Rechte in re communi gantz keine pluralitatem zulassen, sondern eines jedweden Consens nothwendig erfordern, hingegen die Regeln de observanda pluralitate votorum, nur auf die Collegia zu restringiren seynd, und aber allhier eigentlich kein Collegium, sondern vielmehr eine

e Communion vorhanden; So erscheinet dannenher, daß
irst Julius mit Augusto in gemeinschaftlichen Regierungs-
achen, darunter auch die Ersetzung der erledigten Aemter, die
wählung gewisser hierzu tüchtigen subjectorum, die Dimis-
on und Remotion derselben zu rechnen ist, die majora vota
ht machen könne, auch Fürst Antonius sich nach selbigen zu
hten nicht verbunden sey.

COROLLARIA.

Principes Imperii in testamentis suis solemnia juris communis servare debent.

Præscriptio ordinaria etiam inter Principes Imperii locum habet. Vide *Wernheri Observ. For. P. I. Obs.* 65.

SPECIMEN V.
EDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. I. TIT. II.
DE
ORIGINE JVRIS
PVBLICE DEFENSVM
A
LEVINO JVLIO DE VSLAR, GOSL. SAX.
D. XII. AVGVSTI ANNI CIↃ IↃ CCXIII.

I.

Sapienter fecerunt Romani, quod leges suas a Græcis petierunt.

nimadverto, Viros, quorum doctrinam & Judicium magnopere suspicio, pro insigni jurisprudentiæ Romano nævo venditare, quod illi leges non ex suo ingenio condiderunt, sed peregrina Græcorum jura in rempublicam suam invexerunt.

runt. Neque dissimulant, similem Germanorum imprudentiam fuisse, quod Romana jura in patriam suam importarint. At ego tantum abest, ut peccasse illos putem, ut magis sapienter fecisse credam. Duo potissimum sunt, quæ reprehenduntur. Primum, quod ipso hoc facto imperitiam suam & insufficientiam ad jus sibi faciendum prodiderint. Sed non puto, Romanos adeo rudes fuisse, ut leges ferre pro præsente reipublicæ suæ statu sine aliorum ope non potuerint. Ostenderant jam, quid hac in re possent, sub initio imperii, cum reges adhuc imperarent. Etsi tum vitam agrestem recens relictam adhuc spirarent, tamen condiderunt jura, quorum æquitatem & præstantiam hi ipsi, qui leges XII. tabularum impugnant, fateantur necesse est. Non defuissent itaque, ut puto, ejectis regibus, cum homines jam pristinam feritatem aliquantulum exuissent, viri prudentes, qui laborem hunc egregio successu suscipere potuissent. Itaque non imperitia illis obstabat, verum diffidia inter patritios & plebem omnes a legibus condendis arcebant. Homini plebejo negotium committere, adversus patritiorum dignitatem fuisset. Patritii vero ex diffidentia plebis erga se satis prævidebant, quidquid ipsi fecissent, sive bene, sive male, rejectum iri. Neque ipsi satis inter se conveniebant, cum aliqui rigidiores pro juribus suis acerrime pugnarent, alii in mitiorem partem inclinarent, multumque plebi concederent. In his igitur dissensionibus nihil consultius erat, quam ad Græcos, quorum tunc florentissima respublica erat, aliquos ablegare, & jura, quibus hi in tantum fastigium se evexerant, petere. Sed nunc ad alterum venio, quod reprehenditur. Dicunt scilicet adversarii, summam fuisse imprudentiam, leges peregrinas, quæ neque genio populi neque statui suo conveni-

enirent, suscipere. Verum nec hac in re quidquam, quod iste reprehendatur, video. Turbulentissimus tum erat Romanæ reipublicæ status, frequentissimisque tumultibus & seditionibus, parum aberat, quin everteretur. Nequeunt id negare, qui *Livium, Dionysium Halicarnasseum & Florum* inspexerunt. Neque videbatur iste status emendari posse, nisi remedium aliquod violentius, quo ille inverteretur, adhibitum fuisset. Nulla vero potuisset excogitari medicina lenior, quam quod a vicina & amica republica jus, quo illa felicissime gubernabatur, acciperent. Et profecto non video, quamobrem leges, quæ in quadam civitate salutares repertæ sunt, ad aliam, si parum attemperentur, accommodari non possunt. Non est tanta inter se ingeniorum humanorum pugna, ut non iisdem institutis, si bona sint, adsuescere possint. Arrogantia & superbia est, cuncta a se sumere, externa vero omnia sive bona sive mala repudiare. Et fac, genium & mores populi ab alterius moribus paululum differre. Tollenda est ista differentia, quantum fieri potest. Quærunt omnes unum finem, salutem reipublicæ suæ. Itaque dediscendi sunt mores, qui isti scopo adversantur. Nec credat quisquam, tantam fuisse Romanorum insipientiam, ut Græcorum jura cæco impetu susceperint. Præcipua saltem ex illis retinuerunt, cetera ad genium populi & statum civitatis suæ attemperarunt. Sufficiet mihi unicum *Dionysii Halicarnassei*, quem ipsi XII. tabularum oppugnatores merito maximi faciunt, testimonium. *Is lib.* 10. *Antiquitatum Romanarum cap.* 66. *Decemviri*, inquit, *leges tum e Græcorum jure, tum e PATRIIS CONSVETVDINIBVS conscriptas in decem tabulis proposuerunt cuilibet cognoscendas; ferentes admoneri se a privatis hominibus, & scripta sic confirmantes, ut placerent omnibus: diuque cum optimis quibusque in publico consederunt, & singulas leges ad exquisitissimum examen revocarunt. Vbi vero visæ sunt*

fat recte habere, primum senatu coacto, nemine amplius de ulla lege conquerente, Senatusconsultum de iis fecerunt &c. Adde *Livii lib.* 3. *cap.* 34. Eædem rationes Germanos quoque nostros excusabunt. Sed optima utriusque gentis defensio ex eventu desumi potest. Certum enim est, & reipublicæ Romanæ, & Germaniæ statum, antea turbulentissimum, introductis legibus peregrinis, tranquillum redditum fuisse. Id quod alibi clarissime ostendemus.

II.

Lacedæmonii jure scripto non consuetudine usi sunt.

Plerique DD. ex §. 10. *I. de Jure nat. gent. & civ.* colligunt, differentiam hanc inter Athenienses & Lacedæmonios intercessisse, quod illi jure scripto, hi non scripto usi sint. At falluntur. Uterque populus jus scriptum habuit. Ad jus scriptum scilicet, quemadmodum ex L. 32. §. 1. *de legibus* apparet, non requiritur, ut in scripturam redigatur, sed sufficit, dummodo de expressa eorum, qui legis ferendæ potestatem habent, voluntate constet. Contra jus non scriptum est, quod consuetudine introductum, expresse vero a superiore confirmatum non est. Sive paucis: Ad illud consensus legislatoris expressus, ad hoc tacitus requiritur. Lacedæmonios vero jura constituta habuisse, nemo ignorabit, qui *Plutarchi Lycurgum, Xenophontis Rempublicam Lacedæmoniorum, Pausaniæ Laconica & Polybii lib. VI. cap.* 4. & 5. perfunctorie saltem inspexit. Isti enim auctores omnes, Lycurgum, quem quoque legumlatorem appellant, leges Lacedæmoniis dedisse, Lacedæmonios eas consensu unanimi recepisse & diutissime conservasse, affirmant. Duo tamen singularia circa leges istas *Plutarchus in Lycurgo* observat. Primum est, noluisse Lycurgum, ut cives sui multitudine

legum

legum laborarent. Quapropter *exigua ista, cujusmodi contractus pecuniarii sunt, & cetera, quæ tempore & usu mutantur, satius duxit, neo scripta necessitate ulla, nec moribus civium immotis comprehendi, sed crescere & decrescere pro rerum oportunitate sinebat, prout consensus doctorum statuisset.* Alterum memorabile in legibus Lycurgi fuit, quod illas literis consignari prohibuit, sed memoria civium tantum contineri voluit. Ceterum catalogum istarum legum longum satis apud *Xenophontem de Republica Lacedæmoniorum* reperies. Itaque, qui Lacedæmonios consuetudine aut jure non scripto usos fuisse dicunt, aut errant, aut jus scriptum in alia, quam JCti debent, significatione accipiunt.

III.

Jus formularium, legibus Romanis sublatum, usu nonnullorum judiciorum & collegiorum servatur.

Quid jus formularium fuerit, his, qui antiquitates Romanas primoribus saltem labris degustarunt, incognitum esse nequit. Præscriptæ scilicet erant certæ solemnes formulæ, quibus litigantes uti necessario debebant, atque si vel in syllaba aberrassent, causa cadebant. Ratio ejus juris introducti a Pomponio in L. 2. §. 6. *de Origine juris* redditur, ne populus actiones prout vellet, institueret, sive, ut alii rem explicant, ut plebs, cum jus suum persequi vellet, patricios, apud quos formulæ istæ custodiebantur, consulere necesse haberet, atque adeo illorum servitio magis subjiceretur. Abrogata est tandem ista servitus per L. 1. & 2. C. *de Formulis & impetrationibus actionum sublatis.* Quarum legum ea sententia est, quod non solum formulæ istæ antiquæ observari non debeant, sed etiam, si quidem de actoris intentione ex verbis ejus quomodocunque constet, ta-

 metsi

metsi ea minus apta videantur, nihilominus petitio ejus a judice rejicienda non sit, sed, quantum fieri potest, conservanda. Id quod clarissime ex collatione istarum legum cum *tit. C. Ut, quæ desunt advocatis partium, judex suppleat*, apparebit. Apparet quoque ex L. 66. *de Judiciis: Si quis intentione ambigua vel oratione usus sit, id, quod utilius ei est, accipiendum est.* Nulli fere hac in parte æquiores sunt JCtis Helmstadiensibus, qui, neglectis vanis istis, quæ excogitatæ sunt & quotidie adhuc excogitantur, subtilitatibus, non tam ad verba, quam rem attendunt, & cum voluntatem litigantium perspiciunt, in levibus erroribus, qui circa formam libellorum &c. committuntur, connivent. At non ubivis hanc indulgentiam servari, sed jus formularium summo adhuc rigore a quibusdam exerceri, experientia testis est. Multi ne quidem contenti his, quæ acceperunt, solemnibus novis inveniendis ingenium exercent, &, ut cum *Ovidio* loquar:

Retiaque & laqueos quæ lumina fallere possent,
Eliminant, non illud opus tenuissima vincant
Stramina, nec summo quæ pendet aranea tigno.

Audiamus allegatum a *Schiltero Nic. de Causa Cardin. l.* 4. *de Concord. cath. c.* 35. *Examinentur provincialium consuetudines, & redigantur, quantum fieri potest, ad communes observantias, & maxime capitosæ formæ omnino undique tollantur: quoniam sæpe simplices pauperes injustissime per cavillationes causidicorum extra formam ducuntur, & a tota causa cadunt; quoniam qui cadit a syllaba, cadit a causa, ut sæpe vidi per Trevirensem diœcesin accidere.* Ita quoque *Petr. de Marca L. IV. de C. S. & I. c. XX. §. ult. Quingentis*, ait, *abhinc annis conversa est rerum species, cum ordo judiciorum, etiam secularium, a decretalibus epistolis & glossatorum commentariis haustus sit, adeo scrupulosa solemnium observatione, ut sumtibus immanibus vexatos liti-*

gato-

gatores in perniciem rei familiaris per diuturnas & inextricabiles ambages adducerent. Conqueritur de eodem multorum judiciorum & collegiorum rigore Strykius variis in locis. Sed quod *in Notis ad Lauterb. p. 21.* ait: *Formulæ tandem abrogatæ sunt per titulum Cod. de Form. & impetr. act. sublat. Sed nescio, an non magnam partem reductæ in Saxonia, dum ibi sæpissime pronunciatur:* D. ß. Die Klage, immaßen sie angebracht, nicht statt habe; hoc certe de universis Saxonibus dici nequit. Vidi ego, dum Collegio JCtorum Vitembergensium assiderem, Viros cordatos & æquitatis studiosos, qui ad abusum hunc ingemiscebant, & in verbo aut formula lapsos, quantum poterant, sublevebant. Recordor etiam, Collegium hoc libellum, qui bis jam ab aliis Collegiis tanquam ineptus & obscurus ex mera subtilitate rejectus fuerat, sustinuisse.

IV.

Germani etiam veteres suum jus formularium habuerunt.

Animadverto, priscos Germanos in plerosque errores quos Romani veteres commiserunt, longe etiam rudius prolapsos esse. Exemplo jus formularium erit. In eo servando multo rigidiores fuerunt majores nostri, quam collegium Pontificum, cui custodia formularum a Romanis commissa fuerat. De Francis luculentum extat Friderici II. Imperatoris in *lib. II. LL. Sicular. tit. XVII.* qui est *de jure Francorum in judiciis sublato*, testimonium. Ibi enim: *Cavillationes*, inquit, *& captiones antiquas jure Francorum, noscentias & momenta temporum, quæ inter Francos litigantes in judiciis hactenus servabantur, nec non quasdam alias subtiles observationes tam in civilibus quam criminalibus causis submovemus.* Saxones nostri, immane est, quam absurdas formulas & inutiles solemnitates litigantibus suis

præſcripſerint. De judicio feudali vide das Sächſiſche Lehn-Recht c. 65. & 68. nec non *Berlichium P. 1. Concl. 62. & Benedictum Reinhard* in kurtzen Bedencken, welcher maſſen nach Verordnung Sächſiſcher Lehn-Recht und Gebrauch dieſer Land-Art ein Mannlehn-Gerichte mag geheget, beſtellet und gehalten werden; qui ſumma cura iſtas judicii feudalis Saxonici ineptas ſolennitates excerpſerunt. De iis vero *Schraderus Tract. feud. P. X. Sect. 8. n. 35. Hanc*, ait, *ſolennitatem pro forma, eſſentia, ſubſtantia, ſive pro ſolennitate formali & eſſentiali judicii requiri judico, in omnibus illis locis, in quibus jus Saxonicum viget, usque adeo, ut ſi vaſallus contra dominum, vel dominus contra vaſallum actionem inſtituerit, hac forma atque ſolennitate prætermiſſa, omnia acta judiciaria corruant & irrita ſint.* Neque in judicio civili minus inepti fuere Saxones. Vide modo ſolemnia, quæ in vindicatione equi *Weich. art.* 133. requiruntur: Er ſoll mit ſeinem rechten Fuß dem Pferd auf ſeinen lincken Fuß treten, und ſoll mit der lincken Hand greiffen dem Pferd an ſein recht Ohr ꝛc. Huc pertinet ritus contumaciam non comparentis accuſandi *Spec. Sax. l.* 1. *art.* 36. Der Kläger ſoll aufſtehen, und zum Kampf bieten, und ſchlag dann zween Schläge an ſeinen Schild, und thu einen Stich gegen der Sonnen. Damit hat er jenen überwunden ſolcher Klagen ꝛc. Atque ea ſolemnia ac formulæ, niſi quis cauſa cadere vellet, omitti non poterant. Ita Compilator *Speculi Saxonici l. 1. art.* 63: verſchweiget er der eins, ſo hat er den Kampf verlohren. Quin imo tantus erat Saxonum hac in parte rigor, ut, ſi quis etiam per errorem aut lapſum linguæ quid in judicio dixiſſet, aut a formula aberraſſet, errorem hunc corrigere non poſſet, ſed ex eo obligaretur. Clara ſunt verba *Spec. Sax. lib.* 1. *art.* 60. Ohne Verſprechen mag ein Mann wohl klagen und antworten, ob er ſich des Schadens erwegen will, der ihm davon kommen mag, als ob er ſich verſpreche, daß er

ſich

sich des nicht erholen darf. Qua in re longe æquiores & indulgentiores Romanos fuisse, ex L. 11. §. 10. 11. 12. *de Interrogationibus* apparet. Ceterum, ut loca quoque, quibus jus formularium stabilitur, ex *Speculo Suevico* excerpam, brevitas hujus non permittit.

V.

Senatus Romanus neque in libera republica, neque sub principibus jus condere potuit.

Senatusconsulta communiter inter jura, quæ & in libera republica, & sub principibus condita fuerunt, referuntur. At si, quod res est, dici oportet, neutro tempore auctoritatem juris communis obtinuere. Non in libera republica. In hac enim, teste *Polybio lib. VI. cap.* 5. hæc tantum Senatus potestas fuit, ut ærarium administraret, atrociora flagitia per Italiam commissa puniret, legationes decerneret, legatos Romam missos audiret & negotia quædam ab his proposita, sed quæ minoris momenti essent, expediret. In rebus trepidis tamen, & cum longior mora periculosa esset, Senatum amplius quid, inconsulto etiam populo, decernere potuisse, ex *Cæsare de bello civili lib. I.* discimus. Sed cum imperium ad Principes delatum esset, Senatusconsulta quidem majoris auctoritatis esse cœperunt, atque etiam inter species juris relata sunt. At, si verum dicendum est, Principum placita, non Senatusconsulta istam auctoritatem acceperunt. Scilicet Principes animadvertebant, difficilius universi populi consensum impertrari, Senatum autem, cui ipsi præsidebant, facilius longe, ut assentiret sibi, compelli posse. Igitur demta paulatim populo leges condendi potestas fuit, additaque Senatui facultas Senatusconsulta juris auctoritatem habentia faciendi. Qui vero *Tacitum* ceterosque rerum a Principibus gestarum scriptores legerunt, sciunt,

sciunt, Senatum nihil decernere potuisse, nisi quod vel Princeps prius oratione habita proposuit, a quo dissentire impune non licebat, vel minimum deinde confirmasset. Senatusconsulta itaque illa valorem non a Senatu, sed a Principe accipiebant, qui, si res grata populo futura videretur, suo nomine constitutionem promulgabat, at, si res odiosa & populo injucunda perferenda esset, sub Senatus nomine latitabat. Poteram id infinitis testimoniis, si opus esset, confirmare. Tandem cum stabilita satis esset Principum potestas, nec mimo isto amplius opus esse videretur, Senatusconsulta plane sustulerunt. Extat ea de re *Novella Leonis* 78. *Ne amplius Senatusconsulta fiant.* Quam qui inspicient, sententiam meam ex illa non parum roboris accipere, videbunt.

COROLLARIA.

1 Authenticæ in his etiam, in quibus cum Novellis, fontibus suis, non conveniunt, apud nos valent.

2 Jus Justinianeum in Germania nostra est jus non scriptum.

3 Institutiones derogant Digestis, Codex Institutionibus.

SPECIMEN VI.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. I. TIT. II.

DE

RESPONSIS PRVDENTVM

PVBLICE DEFENSVM

A

JOACHIMO GEORGIO REINERDING

GVELPHERBYTANO

D. XIX. AVGVSTI. ANNI CIↃ IↃ CCXIII.

I. *In*

I.

In liberis rebuspublicis maximo semper contemtui habita fuit jurisprudentia.

Jurisprudentia nostra monarchiæ magis & absolutæ unius potestati, quam libertati & statui pupulari favet. Quapropter in plerisque rebuspublicis, in quibus summum imperium apud populum fuit, contemtui habita est. Ars oratoria seu eloquentia sola in illis floruit, quæ juris scientiæ contradistinguitur in L. 2. §. 40. *de Origine juris.* Potuisse autem summum quoque oratorem esse, &, licet ius civile contemnat eiusque scientia nudatus sit, tamen prudenter causas defendere, *Cicero lib. 1. de Oratore n.* 167. 171. 172. & 238. variis exemplis ostendit. Sed, quod dixi, in liberis rebuspublicis neglectam jurisprudentiam, æstimatamque oratoriam tantum artem fuisse, ex *Dialogo de Oratoribus sive de causis corruptæ eloquentiæ*, qui a nonnullis *Corn. Tacito*, ab aliis *M. Fab. Quintiliano* tribuitur, apparet. Sic autem in illo auctor: *Magna*, ait, *& notabilis eloquentia, alumna scientiæ, quam stulti libertatem vocabant, comes seditionum, effrenati populi incitamentum, sine obsequio, sine servitute, contumax, temeraria, arrogans, quæ in bene constitutis civitatibus non oritur. Quem enim oratorem Lacedæmonium, quem Cretensem accipimus, quarum civitatum severissima disciplina & severissimæ leges traduntur? Nec Macedonum quidem, ac Persarum, ac ullius gentis, quæ certo imperio contenta fuerit, eloquentiam novimus. Rhodii quidam, Athenienses plurimi oratores extiterunt, apud quos omnia populus, omnia imperiti, omnia, ut sic dixerim, omnes poterant. Romana quoque civitas donec erravit, donec se partibus & dissensionibus & discordiis confecit, donec nulla fuit in foro pax, nulla in senatu concordia, nulla in judiciis moderatio, nulla superiorum reverentia, nullus magistratuum*

modus, *tulit sine dubio valentiorem eloquentiam*, *sicuti indomitus ager habet quasdam herbas lætiores*. Sed Romana imprimis respublica meretur, ut, quis in illa fuerit jurisprudentiæ status, penitius consideremus. Quamdiu hæc scilicet inconcussa stetit, priscamque obtinuit libertatem, neglecta jacuit juris disciplina. Arcebantur ab honoribus JCti. Sic enim *Cicero in Orat. pro Muræna*: *Duæ*, inquit, *sunt artes*, *quæ possunt locare hominem in amplissimo gradu dignitatis*, *una imperatoris*, *altera oratoris boni*. *Nulla vero est in disciplina juris munita ad consulatum via*. Adde *Valerium Maximum lib. 9. c. 3. n. 2.* Porro *Cicero lib. 1. de Orat. n. 236.* *JCtus*, inquit, *ipse per se nihil est*, *nisi leguleius quidam cautus & acutus*, *præco actionum*, *cantor formularum*, *auceps syllabarum*. Quapropter, ut *Cicero eodem lib. n. 253.* memorat, disertissimi homines in causis ministros saltem habebant JCtos, quorum consilio & suggestionibus, siqua opus erat, uterentur. Atque hinc jurisprudentia ab eodem *Cicerone ibidem n. 236.* eloquentiæ tanquam ancillula vel pedisequa adjungitur. Sola igitur tunc regnabat ars oratoria, atque hi in republica multum poterant, qui suis verborum lenociniis, quidquid vellent, populo persuadebant. Cum in judiciis agendum esset, non ad jura legesque, sed ad artes & facundiam advocati respiciebatur. Neque enim is victor recedebat, qui justissimam causam haberet, optimisque argumentis & juribus instructus veniret, sed, qui lingua plus valeret, fucatisque persuasionibus in animis judicum vel misericordiam erga se, vel odium contra adversarios excitare nosset. Vide exempla apud *Valerium Max. lib. 8. c. 1. & 2. Ciceronem de Orat. lib. 1. n. 228. & in Verrem. 7. init.* De Florentina quoque republica, quæ majorum nostrorum memoria in Italia mirifice floruit, sic *Æneas Sylvius in Histor. de Europa cap. 54*: *Commendanda*, ait, *est multis in rebus Florentinorum prudentia*, *tum maxime*, *quod in legendis Cancellariis*, *non juris*

scientiam,

scientiam; at pleræque civitates; sed oratoriam spectant, & quæ vocant humanitatis studia. Norunt enim, recte scribendi dicendique artem non Bartolum aut Innocentium, sed Tullium Quintilianumque tradere. Nos tres ex ea urbe cognovimus, Græcis & Latinis & conditorum operum fama illustres; qui Cancellariam alius post alium tenuere, Leonardum & Carolum Aretinos; & Poggium, ejusdem reipublicæ civem, qui Secretarius Apostolicus tribus quondam Romanis Pontificibus dictarat epistolas.

II.

Caussa, ob quam Principes JCtos evexerint, investigatur.

Vidimus jurisprudentiam humilem, despectamque & tantum non ex republica Romana ejectam. Nunc quomodo emerserit tandem, & de æmulis, artibus scilicet oratoria & imperatoria, triumphaverit, considerandum est. Hoc vero tum demum accidit, cum eloquentia illam, quam semper conservaverat, dignitatem & splendorem amitteret. Nam hæc quamdiu in pretio erat, jurisprudentiam caput extollere non sinebat. At, simulac Romana respublica se libertatemque suam unius imperio subjiceret, actum erat de artis oratoriæ auctoritate. Hæc enim cum libertate nascitur, ab illa fovetur &c. hac intercidente, exspirat. Imperatores quippe, cum primum rerum potirentur, adstringebant frenosque imponebant periculosæ illi eloquentiæ, ne quippiam amplius turbare populumque flectere aut concitare posset. Jam tum Cn. Pompejus, cum in tertio consulatu aliquid contra rempublicam machinaretur, cancellis circumsepire audebat artem oratoriam, ne impune amplius quidvis in quemvis dicere liceret. *Quintilianus in Dialogo de caussis corruptæ eloquentiæ cap. 38. Valerius Maximus lib. 6. c. 2. n. 4.* Sed, quod ille inchoaverat, Cæsar Augustusque perfecerunt. Illi aliud hominum genus sibi eligendum esse vi-

debant; cui, relictis oratoribus, summas dignitates, reipublicæ gubernacula & amicitiam suam concrederent. Nulli huic instituto commodiores esse videbantur JCtis. Præterquam enim quod obsequentissimi essent, atque secundum leges non de legibus judicarent, opus quoque erat, ut populum, qui nondum omnem feritatem exuerat, mansuefacerent & mulcerent. Ad hoc aptissimæ erant doctrinæ istæ & regulæ, quibus omne jurisprudentiæ fundamentum nititur: *Quod Principi placuit, legis vigorem habet. Lex dura quidem attamen sic scripta est. Non omnium, quæ a majoribus & Principibus constituta sunt, ratio reddi debet. Secundum leges, non de legibus judicandum est &c.* Hæc nesciebant oratores, qui si quid demonstrandum esset, non ad beneplacitum Principis constitutaque jura, sed ad rhetoricas suas artes confugiebant affectusque hominum movebant. Iidem pristini fastigii, nobilitatis & libertatis memores multa sæpe edebant indomiti animi documenta. Quapropter & Cæsares & ministri eorum secundum *Tacitum Annal. XIII. cap. 12.* oderant omnes, qui vividam & incorruptam eloquentiam tuendis civibus exercerent, neque quiescebant prius, quam illos falso sæpe criminum insimulatos vel in exilium egissent, vel morte mulctassent, ut tandem teste *Quintiliano de causis corruptæ eloquentiæ cap. 1.* Vespasiani temporibus neque nomen amplius oratorum superesset, & qui in eorum locum successerant, causidici & advocati, & patroni, & quidvis potius, quam oratores, vocarentur. JCti vero, quos Cæsares evehebant, sordidius plerumque & abjectius nati erant, & notabilis eos ab initio paupertas & angustia rerum circumsteterat, quemadmodum Publicum Alfenum Varum, qui teste *Horatio lib. 1. Sat. 3.* sutor fuerat, abjectoque instrumento artis & clausa taberna, leges didicerat, Augustus ad consulatum usque extulit. Hi itaque cum repente se in dignitatem, opulentiam & amicitiam

principum assertos viderent, firmius imperatoribus, patronis suis, adhærebant, atque horum favorem obsequio conservare non dubitabant, ministrosque se præbebant, quibus Cæsares ad obtinendam summam potestatem & opprimendos potentiores uterentur. Sic de obsequio Atteji Capitonis vide *Tacitum Annal. III. cap.* 70. *& Suetonium de illustr. Grammat. c.* 22, Domitii Afri *Dionem Nicæum lib.* 59. Romani Hispanis *Tacitum Annal. I. cap.* 74. *&c.* Notabilis vero maxime est ars, qua Augustus JCtorum auctoritatem stabilivit. Cum scilicet antea responsa eorum in caussis dubiis reddita facile, ut *Cicero pro Cæcinna & pro C. Plantio* asserit, everterentur, Augustus, cum ipsi per se nullam haberent, suam iis auctoritatem accommodavit L. 2. §. 47. *de Origine juris*, voluitque, ne judicibus ab eorum responsis recedere liceret §. 8. *I. de Jure nat. gent. & civ.*

III.

Nullibi major fuit responsorum juridicorum auctoritas, quam in gente Ebræa.

Apud Ebræos collegium Levitarum, quod Hierosolymis fuit, facultatem de jure respondendi habuit. Nec credo, ullam aliam gentem fuisse, apud quam responsa hujusmodi majorem obtinuerint auctoritatem. Apparet hoc ex *Deuteronomii cap.* 17. Quem locum quippe maxime mememorabilem integrum hic adscribam: *Si quæ tibi in judicio res dubia obvenit, adscende ad locum, quem Deus elegit, atque ibi Sacerdotes Leviticos cum summo judice, qui tunc erit, consule, ut dubium istud interpretentur. Quantacunque vero illi tibi sententiam præscripserint, hanc in omnibus sequere, & observa jus, quod te docuerint,*

neque ab eo ullam in partem recedere. Si quis autem responsum sibi a sacerdotibus summoque judice datum contemserit, is morte mulctabitur & e medio populi Israelitici tolletur, ut omnes audiant, metuantque, nec deinde superbiant.

IV.

Male facit judex, & suspectum quodammodo se reddit, qui, cum alteruter litigator acta ad Collegium Juridicum mitti petit, ipse pronunciat.

V.

Sententia tamen sic lata nulla non est.

VI.

Recensentur octo casus, quibus sententia talis ipso jure nulla est.

Frequens admodum est hæc in foro quæstio, an judex, si alteruter litigans contra ipsum protestetur atque acta ad Collegium JCtorum mitti petat, nihilominus sine nullitatis metu ipse pronunciare queat. Infinitæ sunt DD. quemadmodum in aliis rebus, ita quoque super hac controversia dissensiones. Quapropter nos varias illorum opiniones non recensebimus, sed ex analogia juris litem istam decidemus. Equidem non negamus, judicem male facere & suspectum se quodammodo reddere, qui ab una licet parte saltem imploratus acta ad JCtos mittere detrectat, sententiamque suam invitis obtrudit. Annuat potius vir cordatus precibus his, atque ita suspicionem omnem abs se amoliatur. Quodsi tamen quis, neglecta partis unius imploratione, ipse pronunciet, major dubitatio oritur, sitne hu-

 jusmodi

jusmodi sententia ipso jure nulla, sic, ut, appellatione etiam non facta, corruat. Non existimamus. Competit etiam judici ex principis auctoritate jurisdictio, quæ non in simplici cognitione, sed potestate etiam sententiam concipiendi & ferendi consistit. Jurisdictio autem in invitum exercetur *L.* 83. §. 1. *de Verb. obl.* Ergo, si princeps non ademit hanc partem Jurisdictionis, unus ex litigatoribus contradictione sua haud efficiet, ut, quod judex auctoritate publica fecit, prorsus in irritum cadat. Et hucusque cum *Schradero de Feudis Part. Sect.* 15. §. 57. consentimus. At in casu, ad quem ille sententiam extendit, cum scilicet uterque litigator id petit, fatemur nos dissentire. Putamus enim, judicem tunc acta necessario ad Collegium mittere debere, neque id sine nullitate negligere posse. Id quod non solum arg. *L.* 26. *de Re judicata* sed inde etiam confirmatur, quod, utraque parte consentiente, totius causæ cognitio a judice ordinario avocari & ad arbitrum devolvi possit. Poterit itaque magis facultas sententiam concipiendi ei auferri. Atque hic primus casus est, quo sententia, ab ipso judice sine consilio prudentum lata, penitus corruit. Huc porro referimus 2. causas criminales graviores, 3. si lex clara adsit, quæ partibus petere hoc permittat, 4. si causa ipsum judicem quodammodo tangat arg. L. 10. *de Jurisd.* 5. si judex ipse jurium peritus non sit, nec assessores habeat, 6. si pars petens causam justam, propter quam judicem recuset, afferat, eamque vel probare, vel jusjurandum perhorrescentiæ præstare parata sit, 7. si quis protestationi suæ eventualem ad Principem appellationem subjiciat atque sic judici manus liget, 8. cum judex semel jam in causa pronunciavit, atque contra sententiam ejus leuteratio, supplicatio vel revisio interposita sit. Quia enim verosimile vix est, cum sententiam suam retrectaturum, jura necessitatem illi imponunt ad JCtorum consilium in nova

instantia

instantia pronunciandi. Vide *Recessum Imperii de anno* 1654. §. 113. & *Brunnemannum de Jure Ecclesiastico lib. 3. cap. 9.* §. 3. *add. Mev. P. III. Dec.* 221. *n.* 3. & *P. V. Dec.* 109. *n.* 5. 6. Optime hæc doctrina illustrabitur responso, quod JCti Helmstadienses mense Septembri anno cIↃ IↃ CCXVI. dederunt: Wird zu wissen verlanget, ob Heinrichen die von ihm auf seine eigene Kosten inständigst verlangte transmissio actorum abgeschlagen werden könne. Ob nun gleich die Rechts-Lehrer größten Theils dafür halten, es könne insonderheit ein solches Collegium, welches im Namen des Fürsten selbst Recht spricht, und dessen Person also repräsentiret, wider Willen zur Transmission der Acten nicht angehalten werden; Weilen aber wegen der fast in gantz Teutschland eingeführten Gewohnheit denen streitenden Partheyen auf ihre Unkosten transmissionem actorum ad Collegium Juridicum zu verlangen verstattet wird, auch einer Obrigkeit an ihrem Recht und Ansehen dadurch nichts abgehet, diesemnach selbige nicht wohl thut, und sich einiger Massen verdächtig machet, wenn sie dergleichen ohne erhebliche Ursache jemand abschläget, insonderheit, wenn, wie in gegenwärtigem Fall, wider ein bereits von selbiger Obrigkeit gesprochenes Urthel, Leuterung oder ein anderes Remedium eingewendet wird; So ist Heinrichen die von ihm auf seine eigene Kosten verlangte Transmissio actorum ohne erhebliche Ursache nicht abzuschlagen.

VII.

Judex partem sententiæ a Collegio Juridico impetratæ non supprimere, sed tamen successive publicare potest.

Quod si vero judex, petente utraque vel alterutra parte, acta ad Collegium Juridicum mittere decreverit, jam sibi ipse manus ligavit, ut sententiam istam, sicut

ſicut ea a Collegio concepta eſt, publicare debeat, arg. L. 75. *de Regulis juris.* Conſentit mecum *Strykius ad Brunnem. Jus Eccl. lib.* 3. *c.* 9. §. 4. Quapropter non licebit judici, partem ejus ſententiæ ſupprimere. Fecerat id aliquando Senatus quidam, & primam quidem ſententiæ partem, qua reus abſolutus fuerat, publicarat, alteram vero, qua actor in expenſas condemnatus erat, reticuerat. Super quo facto JCti Vitembergenſes Menſe Mart. anni CIↃ IↃ CCX. interrogati Senatui iſti reſponderunt: daß freylich hierunter ein Fehler vorgegangen, daß man das aus dem Leipziger Schöppenſtuhl eingeholte Urthel D. nicht gantz, ſondern nur zur Helfte publiciret, da doch dergleichen Urthel, welche in cauſis civilibus auf beyder Partheyen Anſuchen, wie allhier geſchehen, ad acta geſprochen, und von andern Orten geholet werden, nicht allein zur Information des Richters, ſondern auch der Partheyen dienen, und ihnen dergeſtalt, wie ſie eingelauffen, ohne Zuſatz oder Abnahme zu eröfnen seynd; Wannenhero D. wegen ſolches begangenen Fehlers ſich über die Herren bey Königl. Majeſt. zu beſchweren, und, daß entweder die Sache von ihnen avocirt, oder wenigſtens ein anderer Judex Ihnen dabey adjungiret werde, zu bitten wohl berechtiget iſt. Ne tamen judicis officium nimis arctis limitibus circumſcribamus, atque plane mercenarium faciamus, providendum eſt. Id igitur judici permitti debet, ut partem ſententiæ, a Collegio Juridico obtentæ, ſi juſtam cauſam habeat, tantiſper occultet, atque poſt aliquod demum tempus publicet. Regulæ quidem hic certæ præſcribi nequeunt, cum res tota ex circumſtantiis & prudentia judicis dependeat. Sed exemplo id, quod diximus, illuſtrabimus. Offerebantur JCtis Helmſtadienſibus M. Decembr. anni CIↃ IↃ CCXII. acta, ex quibus actoris intentionem jure fundatam eſſe apparebat, multæ tamen pro reo rationes ex æquitate deſumtæ aderant, quæ non omnino negligendæ videbantur. Igitur nos ſententiam, quæ qui-

dem secundum jura scripta concipienda erat, sic temperavimus: Daß vor allen Dingen die Partheyen nochmalen in Person vorzuladen, und dieselbe, insonderheit Kläger, ermilich zu vermahnen, sich mit dem Beklagten in der Güte zu setzen, und die von demselben angebothene Abfindung anzunehmen. Würden aber diese hierzu, aller geschehenen Vorstellung ungeachtet, nicht zu bewegen seyn, so ist das am 14. Jul. eröffnete Urthel zu bestätigen. Hic certe parum provide egisset judex, qui sententiam expetierat, si confestim integram publicasset; sed pertinebat ad prudentiam ejus, alteram partem post primam successive edere.

VIII.

Judex acta ad Collegium Juridicum, quod alteruter litigans exemit, mittere non debet.

IX.

Quodsi tamen id fecerit, sententia intra decendium impugnari debet, alias convalescit.

Animadverto subinde, judicem acta ad Collegium juridicum mittere & sententiam ab eo expetere, tametsi alter litigantium id exemerit. Et male quidem puto facere magistratum, qui in tanta Collegiorum multitudine non aliquod eligit, quod neutri litigantium displicet. Quodsi tamen ipsi secus visum fuerit, sententia hujusmodi intra decendium impugnanda est. Quo transmisso, convalescet eadem & in rem judicatam transibit. Vix enim est, ut talem sententiam ipso jure nullam dicere queas. Judex quippe, etsi male faciat, contra jus tamen expressum non facit. Nam hoc ipsi, quem velit, consulere permittit. Accedit, quod integrius præsumatur judicium, quod plurimorum sententiis confirmatur *c. 21. X. de Offic. & potest. jud. deleg.* adeoque collegium

gium tanquam suspectum recusari nequeat, nisi gravissimis ex causis *Gail.* 1. *O.* 33. *n.* 1. & 2. Eadem est sententia *Schœpferi in Synopsi* ≠. *tit. de Re judicata n.* 13. Sed fac etiam, subesse nullitatem. Insanabilis tamen ea dici non poterit. Igitur querela contra eam, nisi intra decendium moveatur, per *Recessum Imperii de anno* 1654. §. 121. amplius non admittitur. Et sic pronunciarunt JCti Helmstadienses mense Septembri anni CIↃ IↃ CCX. Wir setzen zum voraus, daß das sub No. 23. befindliche Urthel richtig und in Kraft Rechtens ergangen sey. Denn ob gleich der Obrist-Lieutenant dasselbe daher, weil er bey dessen Einholung wider die Heßischen Universitäten protestiret, einer Nullität beschuldigen will, so ist doch theils hierunter keine Nullität verborgen, theils, wenn auch dergleichen vorhanden, würde sie dennoch nicht pro insanabili zu achten seyn, folglich hätte die Querela dagegen binnen 10 Tagen eingewendet werden sollen.

COROLLARIA.

1 Errant, qui JCtos juris condendi potestatem habuisse putant.

2 Responsa Collegiorum juridicorum tantam hodie non habent auctoritatem, quantam responsa JCtorum sub Justiniano.

3 *Lex* 38. de *Re judicata* ad Collegia juridica non pertinet. Sed in illis, si paria vota sint, ea sententia vincit, pro qua præses stat.

4 Neque *Lex* 39. de *Re judicata* ad Collegia juridica pertinet.

SPECIMEN VII.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. I. TIT. III.

DE
LEGIBVS
PVBLICE DEFENSVM
A
FRIDERICO WILHELMO WOLFFHARDTO
MAGDEBVRGENSI
D. II. SEPTEMB. ANNI CIϽ IϽ CCXIII.

I.

Qui ex lege nova agit, publicationem ejus probare non debet, cum hæc facta præsumatur.

II.

Non est necesse, ut lex in omnibus pagis vel oppidis affigatur aut proclametur.


d essentiam legis pertinet, ut illa promulgetur. Sed de modo, quo promulgatio hæc fieri debeat, dissentiunt JCti. Sunt aliqui, qui necesse putant, ut publicatio hæc in singulis locis fiat, atque adeo ab eo, qui in lege se fundat, desiderant, ut probet, illam ea in civitate aut pago, ubi adversarius ipsius vivit, affixam aut per præconem publice proclamatam fuisse. Video ita sentire *Mevium in Consilio* 55. *n.* 13. ubi: *Juvabitur*, inquit, *hac allegatione reus*, *quod edicti illius solemnis publicatio in iis oris, ubi reus vixit, non constat,*

qua sine vis statutorum & edictorum adversus cives atque incolas multa excidit. Et videtur huc trahi posse L. 12. C. *de Juris & facti ignor.* in qua Imperatores: *Constitutiones*, ajunt, *principum nec ignorare quemquam, nec dissimulare permittimus.* At ego nihilominus ad eorum sententiam accedo, qui hujusmodi probationem actori aut reo, legem etiam recentiorem alleganti, imponi debere negant. Non dicam de difficultatibus, quibus ista probatio involveretur, maxime si is, cui illa imponitur, peregrinus sit, aut si lex jam paulo antiquior, nemoque amplius vivat, qui publicationem ejus reminiscatur. Quid tum faciet is, qui probare publicationem debuit. Excidet profecto jure suo, quod tamen in lege fundatum est, quia ejus publicationem specialem ostendere impossibile erit. Igitur longe justius & æquius hac probatione allegantem levamus. Duæ sunt potissimum rationes, quæ nos, ut sic sentiamus, impellunt. Primam ex contractibus & instrumentis privatorum desumemus. Quodsi enim hæc secundum L. 14. C. *de contrahenda stipulatione* præsumtionem solennitatis pro se habent, adeo, ut omnia, sine quibus contractus aut instrumentum valere nequit, adhibita censeantur, tametsi nulla eorum in Instrumento ipso facta sit mentio, quanto magis ita pro lege principis præsumere decet, eam scilicet legitime & observatis omnibus, quæ ad inducendam obligationem necessaria sunt, latam fuisse, atque publicationem, quæ ad essentiam legis pertinet, rite accessisse. Deinde etiam, quæ altera ratio nostra est, necessarium non existimamus, legem in omnibus villis locisque solenniter proclamari vel affigi. Scrupulosam istiusmodi diligentiam jura nostra non desiderant. Præcipiunt quidem publicationem legis, at non ita, ut singulis hominibus fiat, quod infiniti laboris esset, sed eo modo, ut unusquisque civis paulo solertior eam cognoscere commode queat. Sufficit itaque legem solenniter in urbe,

in qua princeps degit, publicari, typis quoque exprimi & exempla ejus huc inde dispergi & passim in provincias mitti. Sufficere hoc in legibus Imperii, ex *Ordinat. Cameræ P. 2. tit.* 30. apparet: Dieweil sich die Partheyen zum offtermahls Unwissenheit der Cammer-Gerichts-Ordnung beklagen, und aber solche Ordnung auf hiebevor, auch in dem 48. Jahre, allhier zu Augsburg gehaltenen Reichstag, gemeinen Gebrauch nach, vor Churfürsten, Fürsten und Ständen öffentlich verlesen, darzu ins Reich publicirt, und auf jetzigem Reichstag wiederum ersehen, und von neuem in Druck zu geben befohlen, also, daß sich niemand derhalben Unwissenheit zu entschuldigen hat. Neque legibus Romanis aliud statutum est, quippe quibus provinciæ & civitates reliquæ ad ea jura, quæ in capite omnium civitatum, scilicet in regia urbe observantur, respicere jubentur §. 7. *I. de Satisdationibus.* Vide etiam L. 3. §. 5. *de sepulcro violato* ibi: *Generalia sunt rescripta, & oportet imperialia statuta suam vim obtinere, & in omni loco valere.* Placet annectere responsum JCtorum Vitembergensium, quod illi super hoc argumento Mense Augusto anni CIↃ IↃ CCIX. dederunt: Klägers Fundament, aus welchem er die von seinem Verfahren veräusserte Rottwiese wieder an sein Guth zu bringen suchet, ist das Edictum Philippinum de anno 1666 in welchem die ohne Vorwissen und Verordnung der Canzeley geschlossene Verkäuffe der Rottländereyen annullirt werden. Wogegen zwar Beklagter einwendet, es müste Kläger vor allen Dingen, daß besagtes Edict im Amte Hagenburg gebührend publicirt worden, beybringen, immassen die Publication das Essential-Stück eines Gesetzes sey, ohne welcher solches keinen Unterthan verbinden könne: Alldieweil aber die Rechte zu Publicirung eines Gesetzes nicht eben, wie Beklagter vermeynet, daß selbiges an allen und jeden Orten angeschlagen oder von der Canzel verkündiget werde, erfodern; sondern dießfalls, bewehrter Rechtslehrer Meynung nach, welche per Ord. Cam. P. 2. tit. 30.

§. ult.

§. ult. bestärket wird, genug ist, wenn der Landes-Herr an dem Orte seines Aufenthalts die gemachten Verordnungen verlesen, anschlagen, durch den Druck oder copeyliche Abschriften hin und wieder bekannt machen läst; gestalt dann Beklagter, daß dergleichen general Publication des obangeführten Edicts ergangen, nicht in Zweifel ziehet; bey welcher Bewandniß, und da die Landesherrlichen Befehle alle und jede Orte, alle und jede Unterthanen, keinen ausgeschlossen, angehen, *L.* 3. §. 5. *de Sepulcr. viol. L.* 10. *C. de Legibus* Klägern der Beweiß, daß das Edict de anno 1666. im Amte Hagenburg recipirt und im Schwange sey, nicht aufgebürdet werden mag, sondern Beklagten vielmehr das Gegentheil beyzubringen oblieget.

III.

Promulgatio legum fit solum ejus nomine, qui jure territorii gaudet.

IV.

Princeps, qui in apanagiis fratrum vel agnatorum suorum legem promulgat, pati non cogitur, ut istorum quoque fratrum vel agnatorum nomen legi præfigatur.

Illustrem hanc controversiam JCti Helmstadienses mense Decembri anni CIↃ IↃ CCXVI. solide excusserunt, ut adeo sufficiat, verba responsi ab illis dati hic referre: Wird gefraget, ob die Patenta, Mandata oder Verordnungen, welche der Herr Primogenitus in Sachen, so das jus territoriale und episcopale betreffen, herausgiebt, nicht per ingrossationem

auf folgende Art facta communicatione von der Canzel oder sonst mittelbar zur Publication zu bringen, daß oben der Herr Postgenitus durch den Druck seinen Unterthanen erdfne, wie der Landes-Herr folgende Verordnung ergehen lassen, deren Inhalt hernach gantz einrücke und zuletzt denen Unterthanen befehle, solchem in allem willige Folge zu leisten. Wiewohl nun der Herr Postgenitus die Nothwendigkeit dieses modi zu publiciren daher behaupten will, daß derselbe an vielen andern Orten, und so gar bey dem Fürstl. Hause S. in Fällen, da ein Oberer mit dem Untern, der Kayser mit einem Reichs-Stand, ein Churfürst mit seinem Land-Voigt, ein Fürst mit einem Grafen concurriren, eingeführet sey, also vielmehr allhier statt finde, da der Herr Secundogenitus ein Fürst gleiches Standes und ein Bruder ist, der aus blosser brüderlicher Liebe das Recht der ersten Geburt recognoscirt, ihm doch viel zur Landesfürstlichen Hoheit gehörigen Stücke vorbehalten, und nur von dem modo publicandi nichts ausdrückliches bedungen, wozu noch dieses komme, daß dem Herrn Primogenito nicht der geringste Nachtheil aus diesem Vorschlag, der lediglich zu bessern Respect des Herrn Secundogeniti angesehen ist, zuwachse, folglich die bekannte Rechts-Regul: *Quod tibi non nocet & mihi prodest, ad hoc potes compelli;* allhier den Ausschlag geben müsse: Dennoch aber und dieweil die Landes-Hoheit nebst allen darzu gehörigen Stücken, welche der Herr Secundogenitus nicht ausdrücklich ausgenommen, dem Herrn Primogenito lediglich zustehet; *Concessio enim certorum regalium secundogenito facta ad similia extendi non debet.* Bocer. *de Regal. c. 4. n. 9.* unter welchen Stücken denn sonder Zweifel auch die potestas legislatoria, oder das Recht, Patenta, Mandata und Verordnungen herauszugeben und selbige zu publiciren gehöret, *Ziegler. de Juribus majestatis lib. 1. cap. 5. §. 10.* hiernächst in dem Vergleich selbst mit deutlichen Worten enthalten ist, es solle der Herr Primogenitus alle Regierungs-Verordnungen unter

Dero

Dero Nahmen allein auslassen, da denn das Wort auslassen nicht blos das concipiren und abfassen, sondern zugleich die Publication, als das Haupt und essential Stück eines Gesetzes, bedeutet, ferner die an ein und dem andern Orte in modo publicandi eingeführten Gewohnheiten bey andern Fällen kein Recht machen, noch dem Herrn Primogenito eine Nothwendigkeit aufbürden, sich in dieser seinem arbitrio überlassenen Sache darnach zu richten, da zumal an vielen andern Orten das Wiederspiel im Brauch ist, und sonderlich nach dem Zeugniß *Springsfeldii de Apanagio c. 11. n.* 270. in apanagiis so gar impropriis, welche nemlich nach eben dieses Auctoris Beschreibung *in cap.* 2. *n.* 3. die gemeine und eingeschränckte Natur des schlechten Apanagii übersteigen, die Verordnungen lediglich von dem Primogenito ohne Concurrenz der Postgenitorum ausgehen, im übrigen der dem Herrn Secundogenito gebührende Respect auch durch die von dem Herrn Primogenito vorgeschlagene Art, wenn nemlich hochbesagter Herr Secundogenitus schriftlich unter der Verordnung setzen lässet, es sey dieselbe auf seinen special-Befehl publiciret und affigiret worden, erhalten wird; So sehen wir nicht, wie der Herr Secundogenitus das dem Herrn Primogenito zustehende Recht, Verordnungen auszulassen, einschräncken, und demselben einen gewissen modum publicandi vorschreiben könne.

V.

Neque lex neque privilegium ad actus præteritos pertinet.

De legibus quidem res certa est, eas ad actus præteritos trahendas non esse. Et extat de eo expressa L. 7. *C. de Legibus*, secundum quam JCtos Vitembergenses Mense Julio anni CIↃ IↃ CCIX. sic respondisse meminimus; Verlanget ihr zu wissen, ob ihr die anno 1619. von eurem Guth veräu-

ferte und an B. L. verkaufte Wiese von dem jetzigen Besitzer D. N. wieder zu fodern berechtiget seyd. Wenn ihr nun gleich zu eurem Behuf 2 Königliche Rescripta, in welchen denen Inhabern der Bauer-Güther die davon vereinzelten Stücke wieder einzulösen vergönnet wird, anführet; Dennoch aber und dieweil diese Rescripta sich lediglich auf das vom 25. April 1623. in die Churfl. Aemter ergangene Mandat, in welchem die Bauer-Güther zu vereinzeln verboten wird, gründen, die Veräuserung aber der streitigen Wiese bereits anno 1619. und also einige Jahre zuvor, ehe das Verbot 1623. ergangen, geschehen; folglich dieses Landes Gesetze auf solchen actum præteritum nicht zu erstrecken ist, so ist D. N. die von eurem Guth veräuserte Wiese euch abzutreten nicht schuldig. At magis dubium est, an ista L. 7. *C. de Legibus* etiam in privilegiis locum habeat. Recordamur, acriter super hac quæstione in eo, quem nunc memorabimus, casu disputatum fuisse. Collegium quoddam opificum noviter coierat & privilegium a principe obtinuerat, ne quis in ea urbe præter istius collegii membra artem hanc exerceret. Diu ante id privilegium cives quidam eidem arti operam dederant, adversus quos collegium jam agebat, petebatque, ut ab opificio hoc abstinere cives isti juberentur. Argumenta collegii præcipua erant: quod privilegii verba generaliter concepta omnes alios ab opificio arcerent, quod beneficia principis plenissime interpretari oporteat L. 3. *de Constitutionibus Principum*, quod reipublicæ quoque interfit, opificia ab his tantum, qui peritiam suam in eo collegio probarunt, exerceri. At JCti Vitembergenses, quorum sententia super hac causa Mense Novembri anni CIϽ IϽ CCXI. expetebatur, non dubitarunt, secundum cives contra collegium judicare. Æquitati enim & rationi convenit, dispositionem L. 7. *C. de Legibus* non ad jura saltem universalia, sed & ad constitutiones personales accommodari. Ipsi hoc videntur voluisse Imperatores,

dum *in d. L. 7.* conjungunt *leges & constitutiones.* Accedit, quod concessiones & privilegia intelligi debeant, ne illi, qui jus anterius habuit, damnum inferatur. L. 7. C. *de Precibus Imp. offer. L. 4. de Emanc. lib.* Vide *Zieglerum de Jur. Maj. l. 2. c. 15. §. 43.* ubi hanc doctrinam latius exsequitur. Neque morem istum, quo opifices novelli peritiam suam collegio prius probare coguntur, reipublicæ adeo salutarem existimamus. Tyrannidem ille & monopolium inferre solet, ut quotidie videmus. Atque in Belgio ceterisque provinciis, in quibus cuique artem, quam callet, exercere licet, opificia maxime efflorescunt. Itaque civibus istis facultas relicta est, opus, quod olim fecerant, porro faciendi. Non injucundum erit, ipsas, quas JCti Virembergenses sententiæ suæ subjecerant, rationes decidendi afferre: Der Klägere Suchen gehet dahin, daß erkannt werden möchte, es wären Beklagte sich des Knopfmachens gar zu enthalten schuldig. Ob nun wol die von dem Knopfmacher-Handwerck aufgesetzte, und von der Stifts-Regierung sede vacante approbirte Innungs-Artikel deutlich, daß kein Pfuscher sollte gedultet werden, in sich begriffen; Alldieweil aber die Approbation der Innungs-Artikel erst am 30. Decembr. 1705. erfolget, Beklagtens principalen hingegen, wie die abgehörten Zeugen aussagen, und Klägere selbst nicht leugnen können, bereits einige Jahre vorher, ehe das Knopfmacher-Handwerck aufgerichtet worden und die Approbation geschehen, das Knopfmachen getrieben, folglich die nachgehends gegebenen Statuta und Privilegia auf selbige nicht zu erstrecken seynd, sondern lediglich diejenigen, so nach der Zeit sich des Knopfmachens anmassen wollen, angehen; So haben wir der Klägere Suchen abgewiesen.

VI.

Declaratio tamen dubii, in lege vel privilegio occurrentis, ad actus etiam pendentes vel præteritos pertinet.

Accidit sæpe, ut ipsa quidem lex vel privilegium antiquum sit, sed circa interpretationem ejus dubium oriatur, idque a principe decidatur. Tum vero novam hanc declarationem ad actus etiam præteritos & pendentes pertinere non dubitamus. Vide L. 2. §. 23. *C. de Vet. jur. enucl.* & *Gailium lib.* 2. *Obs.* 9. *in f.* Cuius rei exemplum jam in *Specimine* 1. *de Justitia, Meditat. IV.* attulimus. Simile nunc memorabimus. Obtinuerat gens quædam nobilis Marchica a Rege suo privilegium fori, sed verbis paulo ambiguis & obscuris conceptum, ut ex eo non satis appareret, utrum gens illa jurisdictioni judicii provincialis exemta esse deberet. Conveniebatur ergo apud illud judicium quidam ex hac gente, & neglecta, quam is opposuerat, exceptione fori incompetentis condemnabatur. Reus itaque Regem adit, & ab eo declarationem privilegii petit impetratque. Qua facta, sententiam a judicio provinciali, a quo rex illum per declarationem exemerat, latam tanquam nullam impugnat. Objiciebatur quidem, novum esse hoc privilegium & ad causas tantum futuras, non præteritas ac pendentes, pertinere. At JCti Helmstadienses mense Junio anni CIϽ IϽ CCV. secundum illam litem dederunt irritamque judicii provincialis sententiam pronunciarunt: Weil die erfolgte Königliche Declaration, welche keinesweges wie Appellat vorgiebt, ein neues Privilegium, sondern nach deren deutlichen Inhalt eine Erklärung des alten, demnach auf die actus pendentes und præteritos zu ziehen ist, sattsam bezeuget, daß des Appellantens exceptio fori incompetentis wohl gegründet gewesen, und der von dem Quartal-Gerichte ertheilte Bescheid, weil er extra jurisdictionem gegeben worden, ungültig sey, folglich per querelam nullitatis umgestossen werden könne; So haben wir den streitigen Bescheid annulliret.

VII.

Necessarium non est, sed salutare tamen foret, jus divinum forense in respublicas Christianas reducere.

Leges divinæ judiciariæ, quas communiter jus forense vocant, de negotiis civilibus, de controversiis privatorum inter se, de criminibus eorumque pœnis agere, unicuique notum est. Eæ hodie in nulla, quam sciam, republica Christiana servantur. Sed an servari debeant, non levis est inter JCtos & Theologos quæstio. Negant aliqui tanta contentione, ut, teste *Bachovio ad Treutl. vol. II. disp.* 30. §. 3. *lit.* G. verbis: *ut fur de patibulo suspendatur*; fanaticos quoque appellent, qui leges Mosis in politias Christianas volunt reduci. Alii contra, Christianos adhuc legibus forensibus obligari, affirmant, & necesse putant, ut hodie secundum illas judicetur. Defendit hanc sententiam olim *Sebastianus Castalio in Mose Latino*, *Jo. Piscator in Comment. in Exod. in præfixa explicatione Quæstionis de abrogatione legum Mosaicarum*, *Wilhelmus Zepperus de Legibus Mosaicis forens. lib.* 1. *cap.* 5. & nuper *Bodinus* Hallensis *de Obligatione forensi juris divini.* Nobis media sententia placet existimantium, Christianos quidem nulla necessitate constringi, ut jus illud forense reducant, at eos tamen, qui reducerent, bene sapienterque facturos, cum leges a Deo immortali conditæ non possint non humanis omnibus esse meliores, atque id, quod uni reipublicæ salutare fuit, aliis quoque optime convenire queat. Cujus sententiæ rationem, cum hic ob brevitatem scripti nequeamus, in ipso conflictu reddemus.

IIX.

Lex non demum post duos menses, sed statim, quam lata est, obligat.

Video, aliquos in ea sententia esse, quod lex nova, interjectis demum duobus post publicationem mensibus, obligare incipiat. Provocant potissimum ad *Novellam* 66. *cap.* 1. ubi Imperator: *Sancimus*, inquit, *si scripta fuerit huiusmodi lex, hanc post duos menses dati ei temporis valere & in republica tractari, sive in hac felicissima civitate, sive in provinciis post insinuationem, sufficiente hoc tempore omnibus manifestam eam constituere.* Quam dispositionem multo magis apud se valere putant, qui in Saxonia Electorali vivunt, ob verba, quæ in *Epilogo Resolutionum gravaminum de anno* 1661. reperiuntur. At verosimilius longe est, ubique legem novam statim, atque promulgata est, vim obligandi accipere, neque necesse esse, ut duo demum menses exspectentur. Convenit id naturæ legum & rectæ rationi. Atque cum jure nostro contrarium statutum non sit, servabitur etiam apud nos. Nam quod ad *Novellam* 66. attinet, hæc non de legibus in genere, sed de iis tantum agit, quæ circa solennia testamentorum feruntur. Ea solennia, quia perdiscere difficile est, duo menses ab imperatore indulgentur ad ea recte cognoscenda. Exinde vero ad leges, super aliis negotiis latas, argumentum ducere non licet. Ipse Imperator, se spatium id ad omnes novas constitutiones pertinere nolle, satis manifeste declarat in *Novella* 58. qua sacra in privatis ædibus celebrare vetat, eos vero, qui sacra hujusmodi privata habeant, id intra tres menses, ex quo lex hæc insinuata sit, corrigere jubet; nec non in *Novella* 116. cui ut intra triginta dies ab insinuatione computandos obtemperetur, præcipitur. In jure quoque canonico Bonifacius IIX. Pontifex in *c.* 32. *de Præbendis in*

6to

6to menſem definit, intra quem legi ibi conditæ ſatisfieri oporteat. Non video igitur rationem, qua moti DD. ſi legem ex intervallo demum valere voluerunt, potius ad *Novellam 66.* & præceptos ibi duos menſes, quam vel ad *Novellam 58.* vel 116. vel ad jus canonicum reſpexerint. Neque legislator Saxo in *Reſolutionibus gravaminum* quid de legibus in genere conſtituit, ſed eam ipſam, quam tunc promulgat, non niſi poſt duos menſes vires accipere jubet. Igitur ſic ſentimus: Nova lex ſtatim, atque promulgata eſt, niſi princeps ipſe in ea aliquod ſpatium indulſerit, obſervari debet. Nec ignorantia ejusdem excuſabit, niſi evidens æquitas aliud ſuadeat.

IX.

Lege injuſta cives cogantur, ſed non obligantur.

Acerrime diſputant inter ſe JCti & Philoſophi, quousque lex injuſta principis civem obliget, &, an is, qui ei obtemperat, delinquat. Ipſi nihil difficultatis in ea quæſtione videmus, ſed ita ſentimus: Lex injuſta civem plane non obligat, ſed is tamen, qui ei morem gerit, non peccat. Ad id ſcilicet, ut obligatio a ſuperiore inducatur, duo neceſſaria ſunt, jus nempe aliquid inferioribus imperandi, & poteſtas malum his, qui contraveniunt, repræſentandi. Quodſi primum deficiat, alterum vero adſit, non obligatio naſcitur, ſed coactio eſt. Princeps autem, qui injuſta præcipit, jus ea imperandi nullum habet, & propterea cives quoque ad obediendum non obligat. At quia malum minatur, his, qui morem non gerant, cogit. Itaque civis, ſi eludere injuſtam hujusmodi legem atque ſine periculo vitæ ac bonorum obſequium detrectare queat,

non

non peccat, ſed recte facit. At ſi intelligat, ſe, niſi obtemperet, malo mulctatum iri, non peccat quoque, ſi id, quod juſſum eſt, faciat. Cum enim ſalus ſua & incolumitas ſecundum rectam rationem unicuique præcipua ſit, & lex naturæ in caſu neceſſitatis, ubi ſcilicet aliter ſalvi eſſe non poſſumus, quidlibet facere permittat, licebit utique perniciem ſuam exſequendo injuſta principis mandata evitare, niſi tamen tam atrox ſit factum, quod præcipitur, ut ſatius ſit, vitam ſuam perdere, quam id perpetrare. Ex his itaque, quæ præſtruximus, quæſtiones illæ, quæ communiter moventur, facili negotio decidentur. Poterit ſcilicet civis ſine metu peccati principem in bello injuſto juvare; poterit miniſter principis mandata ejus, quibus nova & injuſta onera civibus imponuntur, ſubſcribere, poterit etiam exſequi &c. Hæc tamen omnia non aliter, quam ſi videat, ſe fruſtra obſtiturum, atque ſibi, ni faciat imperata, vitæ aut bonorum periculum imminere. Fuerunt aliquando interrogati JCti Vitembergenſes a judice inferiore, poſſetne ille ſine offenſione juſtitiæ & conſcientiæ ſuæ impunitum dimittere reum, de adulterio accuſatum & fere convictum, ſed qui abolitionem criminis a ſummo principe impetraſſet. Nam cum divinum jus magiſtratibus præcipiat, ne delicta impunita relinquant, videbatur judex Deo magis quam principi obſequium præſtare, atque adeo cœptum judicium ad finem perducere debere. At ex fundamento, quod dixi, JCti, valere abolitionem, poſſeque judicem & debere ab inquiſitione cœpta deſiſtere, reſponderunt: Daß die von Titio extrahirte Abolition allerdings beſtändig, und derſelben ungeachtet das Dom-Capitul wider Titium des beſchuldigten Ehebruchs wegen mit der Inquiſition fortzufahren nicht berechtiget. Quæ res minus dubii ideo habet, quia magiſtratus juriſdictionem a principe accepit atque propterea illam, ſi hic nolit, exercere nequit. Quapropter

propter Imperatores etiam in L. 7. *C. de precibus Imperatori offerendis* præcipiunt, ut omnia reſcripta, contra jus elicita, a judicibus refutentur, præter ea, quibus crimen ſupplicantibus indulgetur.

COROLLARIA.

1 Princeps in contractibus, quos cum civibus ſuis celebrat, ex lege civili obligatur.
2 Principis uxor & legibus & jurisdictioni mariti eſt ſubjecta.
3 Peregrini eorum locorum, per quæ tranſeunt, legibus obligantur.
4 Principes Imperii leges Receſſibus Imperii & juri communi contrarias in terris ſuis recte condunt.

SPECIMEN VIII.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. I. TIT. III.
DE
STATVTIS
PVBLICE DEFENSVM
A
FRIDERICO WILHELMO LEYSERO,
HANNOVERANO.
D. IX. SEPTEMB. ANNI CIↃ IↃ CCXIII.

I.

Modus ſtatutum novum conficiendi.


Civitates municipales & collegia non leges, ſed ſtatuta condunt, quæ etſi interdum, uti in L. 3. §. 4. *Quod vi aut clam L.* 3. §. 5. *de ſepulcr. viol.* leges appellentur, tamen in eo a lege proprie dicta differunt, quod non ex voluntate ſuperioris, ſed ex

pacto & conventione auctoritatem suam accipiunt. Sed cum variæ circa validitatem istiusmodi statutorum controversiæ oriantur, operæ pretium erit, requisita investigare, quæ in confectione illorum observari oportet. Quatuor sunt illa potissimum. Primum est, ut omnia istius collegii aut civitatis membra eo, qui receptus ibi est, more convocentur. Nam si vel unum omittatur, hoc dissensu suo id, quod a ceteris conclusum fuit, rescindere potest L. 2. *C. de Decurionibus*, c. 28. *X. de Electione*, nisi tamen quædam membra peregre absint, quorum reditum expectare opus non est. Deinde requirimus, ut non quidem omnia membra, quæ tantum vocasse sufficit, sed tamen, ne decretum per infrequentiam fiat, duæ minimum tertiæ partes illorum compareant L. 3. *de Decretis ab ord. fac.* Tum necesse est, ut ex præsentibus illis major pars consentiat L. 19. *Ad municipalem* L. 5. *C. de Legationibus*. Denique quarto communiter desideratur, ut, siquidem statutum illud a jure communi recedat, principis confirmatio accedat *L. ult. de Collegiis & corporibus.* Sed de ista confirmationis necessitate plura in *Meditat. III.* dicemus. Exhibet super hoc argumento Responsum JCtorum *Bergerus in Responsis P. 2. R.* 213.

II.

Civitates municipales sine singulari privilegio statuta condunt.

Existimant aliqui, non omnes civitates statuta condere posse, sed eas tantum, quæ jus hoc ex singulari privilegio a Principe acceperunt. At errant. Unaquæque civitas statuta recte conficit, etsi princeps hanc ei facultatem singulari privilegio non indulserit. Duæ me, ut sic statuam, commovent rationes. Prima est, quia statuta talia non

non tanquam leges, quæ superioris auctoritate opus haberent, sed tanquam pacta & conventiones valent. Pacisci vero invicem, unicuique collegio & universitati licet L. 4. *de Collegiis*. Deinde inter privilegia communia omnium civitatum, quæ iis eo ipso, quod civitates sunt, competunt, illud quoque est, ut queant Willkühr und Stadt-Recht setzen, hoc est, statuta condere. Valebunt ergo sine omni privilegio statuta eiusmodi, quibus de variis rebus ad curam civitatis pertinentibus disponitur.

III.

Leges nullibi requirunt, ut statuta civitatum municipalium juri communi contraria a principe confirmentur.

IV.

Igitur in praxi etiam statuta municipalia antiqua sine confirmatione Principis sustinentur.

V.

Quod ad recentiora tamen, usu invaluit, ut, quæ contra jus commune confecta sunt, solos consentientes ex pacto obligent, non etiam dissentientes aut extraneos, nisi principis confirmatio accesserit.

Anceps est quæstio, an statuta civitatum municipalium opus habeant Principis confirmatione. Alii eam sine ullo discrimine desiderant, alii tunc saltem necessariam putant, cum quid in statuto continetur, quod juri communi contrarium est. At ut verum fateamur, neutro casu de jure nostro hæc confirmatio requiritur, Nam, quæ prima ratio mea est, nemo ignorat, pactis privatorum, dummodo honestatem non lædant, juri communi, e. g. quod ad

successionem hereditariam, contractus emtionum & alios, derogari posse. Cum vero, ut supra diximus, statuta civitatum nihil aliud, quam pacta, sint, non video, cur civitates deterioris conditionis, quam singuli cives, esse debeant. Deinde municipiis jure Romano facultatem statuta a jure communi diversa condendi competiisse, negari non potest. Scilicet ex *Gellii noctibus Atticis lib.* 16. *c.* 13. constat, civitatum duo genera fuisse, municipia & colonias, ex quibus illa suis moribus legibusque utebantur, hæ quippe per cives Romanos noviter conditæ, ad jura Romana alligabantur, quamvis & harum aliquas privilegium & vetustum morem arbitrio suo rempublicam administrandi habuisse, ex *Plinii lib.* 10. *ep.* 56. apparet. Poterant ergo municipia jus sibi pro lubitu conficere, etiam sine Principis consensu, qui ne quidem in decretis, ab ordine decurionum factis, requirebatur, ut ex *tit. π. de Decretis ab ordine faciendis* elucet. Atque hinc est, quod statuta municipiorum in jure Romano leges appellantur *L.* 6. *pr. Quod cujusque univers. nomine L.* 3. §. 4. *Quod vi aut clam L.* 3. *de Decretis ab ord. fac.* Porro ex jure canonico, videlicet *cap.* 1. *de Constitutionibus in 6to* colligimus, statuta juri communi contraria valere. Jure autem Germanico antiquo res ista ne quidem dubium habuit. Secundum illud enim unicuique civitati eo ipso, quod civitas est, jus competit statuta condendi, Willführ und Weichbild zu setzen. Statuta vero ista a Principe confirmari debuisse, nusquam invenimus. Potius sua vi derogabant juri communi, sive, ut majores nostri loqui solebant, Gelübde und Willführ bricht Land-Recht. Vide *Weichbild art.* 24. Accedit, quod ad consuetudinem in civitate introducendam expressus Principis consensus non desideretur, statuta vero consuetudine corroborari soleant. Neque nova hæc sententia est, quod civitatum municipalium statuta confirmatione Principis non indigeant. Sed jam diu ante

me

me *Zieglerus ad Auream praxin Calovii* §. *Civitas Concl.* 1. *n.* 28. *&* 29. *Civitas*, inquit, *municipalis potestatem habet faciendi statuta municipalia, etiam ad jurisdictionis seu litis decidendæ, & non saltem administrandarum rerum materiam spectantia, & quidem etiam absque superioris consensu ac confirmatione;* multosque excitat auctores, qui eandem sententiam tueantur. Unica est, quam nobis dissentientes objiciunt, *Lex* 4 *de Collegiis*, in qua Cajus: *Sodales*, ait, *sunt, qui ejusdem collegii sunt, quam Græcis ἑταιρίαν vocant. His autem potestatem facit lex, pactionem, quam velint sibi ferre; dum ne quid ex publica lege corrumpant.* At verba illa: corrumpere aliquid ex publica lege; explicanda sunt ex sequentibus, nec non ex *titulo C. de Monopoliis & conventu negotiatorum illicito, vel artificio ergolaborum, nec non balneatorum, prohibitis, & pactionibus illicitis.* Scilicet sodalibus ibi non interdicitur pactum a jure communi diversum inire, sed, tale pactum facere, quod publicæ leges expresse prohibent. Hæc autem diversissima invicem esse, unusquisque intelligit. Et hujusmodi pacta civitatibus quoque illicita sunt. Poterit nempe civitas de successione conjugum, de solemnibus contractuum & aliis ejus generis pro lubitu etiam contra jus commune statuere. At statuta, ut delictum aliquod impune sit, ut monopolium frumenti a quibusdam exerceatur, ut res furtivæ furibus ereptæ inter senatores dividantur & similia, nullius momenti erunt, quia pacta talia inire jus commune vetat. Valent ergo municipalia statuta, juri contraria, dummodo non prohibita, etiam sine consensu Principis, cui tamen illa tollere & abrogare semper liberum est L. 3. §. 5. *de Sepulc. viol.* In Collegiis quoque juridicis, cum partes litigantes statutum aliquod vetus municipale afferunt, an illud confirmatum sit, respici non solet. At in recentioribus consuetudine invaluit, ut, siquidem ea cum jure publico pugnent, illos solum cives,

qui in eorum receptionem consenserunt, vi pacti obligent, reliquos autem, qui dissenserunt, vel, qui postea bona & domicilium in eo loco acquisiverunt, item advenas & extraneos haud obstringant, nisi principis confirmatio accesserit. Atque ita JCti Helmstadienses mense Martio anni CIↃ IↃ CCXV. judicarunt: Es scheinet denen Klägern fürnehmlich der Extract aus dem Stadt-Recesse im Wege zu stehen, und ob sie gleich dargegen einwenden, daß dieses Statutum sie als Fremde nicht angehe, so ist doch das Widerspiel aus denen Rechten bekannt, daß nemlich auch Fremde sich in ihren Contracten nach denen Statutis des Orts, wo sie contrahiren, und wo die Güther, darüber sie contrahiren, gelegen seynd, richten müssen L. 6. *de Evictionibus*. Alldieweil aber ein denen gemeinen Rechten zuwiderlaufendes Statutum anderer gestalt nicht, als, wenn der Landes-Herr solches bestätiget, bestehen kan, und denn allhier die confirmatio superioris niemalen dazu gekommen, folglich berührtes Statutum, wenn es gleich als ein pactum unter denen Bürgern gelten könte; dennoch Fremde und Auswärtige nicht verbinden mag; So seynd wir Beklagte zu condemniren bewogen worden.

VI.

Ea tamen statuta, quæ saltem præter jus commune sunt, hodie etiam sine confirmatione principis valent.

Sed, quod diximus, statuta juri communi contraria confirmatione indigere, de iis tantum statutis intelligendum est, quæ manifesto cum lege publica pugnant. Ea autem, quæ saltem præter jus commune sunt, seu, quæ singulare quid, quod in lege publica non reperitur, disponunt, nulla confirmatione opus habent, tametsi libertatem naturalem civium constringant, vel jus privato alicui aufe-

rant,

rant, vel pœnam & coërcitionem contineant. Res optime exemplo illustrabitur. Erat Mindæ statutum, nullo principis consensu munitum, ut creditor, qui domum ruinosam sibi oppignaratam non fulciret, jure suo caderet. Quærebatur, an valeret. Affirmarunt JCti Helmstadienses mense Octobri anni CIↃ IↃ CCXV: Es ist nicht zu läugnen, daß Kläger die alte ihm verschriebene Hypothek vermöge des Mindischen Statuti, worinnen die Gläubiger, welche die ihnen verpfändeten und baufällig gewordenen Häuser nicht repariren, ihrer Forderung verlustig erkannt werden, verlohren. Und mag Klägern nicht helfen, daß dieses Statutum von dem Landes-Herrn nicht bestätiget worden, indem dergleichen nicht contra, sondern præter jus commune lauffende und zum gemeinen Besten abzielende Statuta gantz wohl von einer Stadt, Krafft des allen Städten zustehenden Rechtes, Willkühr und Weichbild zu setzen, aufgerichtet werden können.

VII.

Senatus solus statuta non condit.

Ordo decurionum, qui in nostris municipiis Senatus vocatur, jus sibi nonnunquam arrogat, statutà conficiendi, quibus integra civitas obligetur. At minus recte. Etsi enim jure Romano decuriones decreta facere potuerint, ut ex *tit. D. de Decretis ab ordine faciendis* patet, attamen ea decreta de rebus exigui saltem momenti conficiebantur. Negotia vero graviora, qualia etiam remissio debiti, constitutio salarii, largitio, impositio onerum, concessio immunitatis erant, publice ab universis, aut maiore tamen eorum parte, expediri debebant L. 160. §. 1. *de Reg. juris.* Neque maior est hac in re nostrorum hodie decurionum potestas, sed pariter in rebus arduis cuiusmodi est statutum novum, municipum seu civium consensum adhibere necesse habent.

VIII.

Benignitas collegii, contra statuta sua aliquoties dispensantis, aliis jus non tribuit.

Statutum collegii erat, ne quis in illud cooptaretur, qui quinque annos discendæ arti non impendisset. At exempla aderant, in quibus collegium uni alterive gratiam fecerat, & accepta pecunia locum in collegio, etsi anni aliquot eis deficerent, concesserat. Cum vero vir quidam idem beneficium expeteret, & pecuniam offerret, collegium constanter ei locum denegabat, nullisque precibus vel argumentis, ut iterum contra statuta sua dispensaret, poterat moveri. Controversia tandem ad judicium devolvebatur, in quo ille, qui se in collegium recipi petierat, repulsamque passus erat, maxime urgebat, per hoc, quod collegium aliquoties homines, qui annos legitimos non expleverant, admisisset, consuetudinem introductam, quæ sibi etiam prodesse deberet. Addebat, non paucos adhuc in collegio esse, qui justum annorum numerum non haberent, atque tamen ex indulgentia reliquorum in illud irrepsissent, qui propterea, quod in se justum existimassent, alii denegare non possent. Nihilominus tamen JCti Helmstadienses, quorum super hac causa judicium mense Decembri anni cIↄ Iↄ ccxII. expetebatur, existimarunt, collegium invitum, ut hominem istum, qui pecuniam offerebat, reciperet, compelli non posse. Ratio potissima erat, quod benignitas sua alicui nocere, aut jus aliquod contra eum facere & ad consequentia trahi non debeat L. 141. *pr. de Reg. juris.* Itaque quod ille per dispensationem aliquoties factam consuetudinem stabilitam esse putabat, in eo graviter errabat. Quod enim ex gratia aut familiaritate fit, jus nullum facit. L. 41. *de Adq. vel de am. poss.* Neque apparet ratio,

tio, quamobrem illi, qui ex indulgentia recepti in collegium erant, idem beneficium, quod ipsi acceperant, aliis quoque impertire necesse haberent. Addam ipsas decidendi rationes, quas JCti sententiæ subjecerunt: Es ist Beklagtem im vorigen Urthel die Hoffnung, sich mit denen Klägern wegen der ihm an seiner Legitimation ermangelnden Lehr-Jahre in der Güte zu setzen, und in ihre Gülde aufgenommen zu werden, abgeschnitten worden. Hierwieder nun hat er Leuterung eingewendet, und, ob er gleich nicht völlig in Abrede ist, daß ihm einige an denen in den Innungs-Briefen erforderten 5 Lehr-Jahren ermangeln, so ist er doch erbötig, sich dieserhalben mit einem Stück Geldes abzufinden, und schiebet denen Klägern in das Gewissen, ob nicht Klägere selbst dergleichen, so nicht völlig ausgelernet, in ihre Gülde aufgenommen, da er in denen Gedanken stehet, daß, wenn sie dieses einräumten, dadurch eine Gewohnheit eingeführet worden, welche gleichfalls ihm zu statten kommen müste, Klägere auch dasjenige, was sie bey ihren Lehr-Knaben vor billig hielten, eben mäßig an denen, so in andern Städten gelernet, zu billigen schuldig wären; Wannenhero es das Ansehen gewinnet, ob hätte zuförderst die Abschwörung des deferirten Eydes denen Klägern auferleget werden sollen; Alldieweil aber dieses, daß Beklagter die 5 in denen Innungs-Artikeln erforderten Lehr-Jahre nicht ausgestanden, klar am Tage lieget, ferner dasjenige, was Klägere aus freyem Willen einem und dem andern zu gute gehen lassen, keine Gewohnheit alsofort einführet, noch ad consequentiam zu ziehen ist; So haben wir das deferirte Jurament vor überflüßig geachtet, und voriges Urthel lediglich bestätiget.

IX.

Collegia mulctas, in statutis suis comprehensas, a delinquentibus collegis exigere, nec non refractarios privatis remediis coërcere possunt.

Frequens est, ut in statutis collegiorum certæ mulctæ imponantur his, qui contra faciunt. Eæ mulctæ communi collegii arcæ inferri debent. Illud vero dubium est, an collegium, si quidam delinquens mulctam solvere recuset, eam extorquere aut etiam collegas contra statuta peccantes & contumaces privatim coercere queat. Equidem de istis modis exsequendi, qui soli magistratui competunt, quales sunt manus militaris, pignoris captio, carcer, non quærimus. Iis enim collegia adversus collegam uti non posse, certum est arg. L. 1. C. *de privatis carceribus inhibendis*. At cetera remedia, quæ communiter in collegiis ad coercendam refractariorum contumaciam recepta sunt, impune, ut putamus, adhibentur. Pertinent huc exclusio delinquentis a conventibus, inhibitio exercitii artis, avocatio boethorum, & alia huius generis, quæ recenset *Beierus in Advocato rerum opificialium perito cap. 5. & 6.* Sic ex actis, quæ non ita pridem ad ordinem JCtorum Helmstadiensium mittebantur, animadverti, aurifabrorum collegium collegæ delinquenti & mulctam tamen solitam solvere detrectanti denegasse signationem argenti, sie wolten sein Silber nicht stempeln, ut ita nihil vendere posset. Vehementer ille de privata ista violentia conquerebatur, & urgebat maxime, non esse singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, L. 176. *pr. de Reg. jur.* neminemque sibi ipsi jus dicere debere. Sed nihilominus JCti Helmstadienses, non peccasse collegium, quod isto coercendi remedio usum esset, existimarunt, atque sic Mense Maio anni CIↃ IↃ CCXIII. judicarunt: Es ist dieses, daß die Innung Klägern sein Silber nicht stempeln wollen, vor keine gewaltsame Extorsion, sondern vor ein denen Zünften vergönnetes remedium coercendi zu achten. Equidem nullam collegiis tribuimus jurisdictionem. At moribus Germanorum multi etiam, qui jurisdictionem non habent, jus tamen suum remediis violentis

vindi-

vindicare possunt. Sic in *Spec. Sax. l. 3. art.* 63. dem Baumeister qui certe nulla jurisdictione pollet, jus mulctandi tribuitur. Sic quoque pignorationes privatæ, die Pfändungen, jure Romano per *L.* 39. §. 1. *Ad L. Aquil.* interdictæ, in universa Germania receptæ sunt. Idem dico de privatis illis remediis coërcendi & statuta sua exsequendi, quæ utique universali Germaniæ consuetudine, de qua citati a *Beiero d. l.* DD. atque inter hos *Mevius ad Jus Lub. p.* 5. *tit.* 13. *a.* 3 *n.* 35. testantur, competunt.

X.

Potestas tamen cognoscendi, mulctandi & exsequendi collegiis competens, ad negotia communem totius collegii utilitatem spectantia restringi, non ad causas & lites membrorum privatas extendi debet.

Etsi vero mores Germanorum veteres & recentiores potestatem aliquam cognoscendi, mulctandi & exsequendi collegiis opificum permittant, hæc tamen non aliter eis competit, quam si privilegio vel consuetudine eam adquisiverint. Atque hæc etiam consuetudo non late nimis extendenda, sed arctioribus limitibus circumscribenda est. Leges quippe Imperii istam potentiam odio habent, &, quo recentiores sunt, magis restringunt. Apparet hoc ex *Ordin. Polit. de anno* 1548. *tit.* 37. §. 2. *in fine.* Cuius dispositio tamen cum collegiis nimium favere videretur, displicuit deinde Ordinibus Imperii & ab iisdem in *Ordin. Polit. de anno* 1577. *tit.* 38. §. 4. immutata & fere omnis cognitio rerum licet ad collegii utilitatem communem spectantium opificum cœtibus adempta est. Non dubitamus tamen, quin lex hæc consuetudines contrarias & privilegia non infirmet. Ceterum in hodiernis adhuc comitiis serio agitarunt Ordines de libertate collegiorum magis etiam coercenda. Exhibet

bet consilia eorum; placita & conclusa *Hemniges ad Instr. Pacis p. 1403. sqq. & 1510. sqq.* Quæ omnia satis indicant, strictissime explicanda esse istiusmodi privilegia & consuetudines collegiorum. Rem exemplo illustrabimus. Mindæ octo collegia coierunt, unumque corpus constituerunt. Quod corpus ex recepto antiquo more lites in singulis collegiis circa electionem antistitum ortas cognoscebat, dirimebat, & peccantes mulctabat. Accidebat forte, ut in uno ex his collegiis controversia circa electionem ministrorum oriretur. Huius quoque decisionem sibi arrogabat totum corpus. Sed minus recte. Namque jus hoc stricte interpretandum ad similes casus extendi non debebat. Et cum electio ministrorum non ad communem corporis sed privatam collegiis utilitatem pertineret, corporis quoque potestas in eo negotio cessabat. Itaque sic pronunciarunt JCti Helmstadienses Mense Martio anni CIↃ IↃCCXVII. Daß Beklagte zwar bey dem Erkentniß- Straf- und Pfandungs-Recht in Vorsteher-Wahlen zu schützen, hingegen sich desselben bey Erwehlung der Deputirten auch übrigen das Kram-Amt und dessen Statuta und Gerechtsame absonderlich betreffenden Angelegenheiten zu enthalten schuldig. Cui sententiæ hæ subjectæ fuerunt rationes: Es erhellet aus denen Amts-Büchern, dem Attestato des Raths und denen Aussagen der Zeugen, daß denen 8 Aemtern prima congnitio, auch das Straf und Pfandungs-Recht in denen die Vorsteher-Wahl betreffenden Sachen zustehe. Diesemnach und da ohne des, so wol denen alten als neuen teutschen Gewohnheiten nach einem Collegio und Corpori, dergleichen allhier die 8 Aemter zusammen ausmachen, die Gewalt ihre Statuta zu exequiren, zu strafen und zu pfänden vergönnet wird, so gewinnet es das Ansehen, ob wären Beklagte dessen, was sie in Adam Meyers Hause verübet, wol berechtiget gewesen, folglich von der gegen sie angestellten Klage gäntzlich loszusprechen. Alldieweil aber obberührte den Colle-

giis

giis zustehende Macht von den Reichs-Gesetzen ziemlich odiös geachtet und in sehr enge Schrancken eingeschlossen wird, auch wenigstens in gegenwärtigem Fall nur auf die Sachen, welche das gemeine Interesse der 8 Aemter angehen, oder sonst durch alte Gewohnheit ad cognitionem derselben gezogen worden seynd, zu restringiren ist, und denn die Wahl der Deputirten ein das Kram-Amt lediglich betreffender Privat-Handel ist, Beklagte auch kein Exempel anzuführen vermögen, daß sie oder ihre Vorfahren bey dergleichen Deputirten-Wahl das jus cognoscendi, mulctandi und pignorandi ruhig exerciret, so seynd wir, als in unserm Urthel enthalten, zu sprechen bewogen worden.

XI.

Statutum, ne unus opifex ea, quæ ab altero inchoata sunt, perficiat, illicitum est.

Frequentissimum est in collegiis statutum vel pactum, ne opifex, quæ ab altero opifice inchoata sunt, perficiat. Atque dici non potest, quanta incommoda pessimus iste mos iis, qui opera illorum hominum utuntur, afferat. Si quem enim semel elegisti, cui opus tuum committus, hujus morositatem & impudentiam feras, atque omnibus, quæ desiderat, satisfacias, necesse est, nisi negotium tuum deseri ab eo atque deinde aliorum opem frustra implorare velis. Istud tamen statutum reipublicæ perniciosissimum leges nostræ interdicunt. Ita enim Zeno Imperator in *L. un C. de Monopoliis*: *Ædificiorum*, inquit, *artifices, vel ergolabi, aliorumque diversorum operum professores & balneatores penitus arceantur pacta inter se componere, ut ne quis, quod alteri commissum sit, opus impleat, aut injunctam alteri sollicitudinem alter intercipiat: data licentia unicuique, ab altero inchoatum & derelictum opus per alterum sine aliquo* timore

timore dispendii implere, omniaque hujusmodi facinora denunciandi sine ulla formidine, & sine judicariis sumtibus. Adde *L. penult. §. ult. C. de Ædificiis privatis.*

COROLLARIA.

1 Errat *Knichen de Jure territorii c. 1.* asserens, civitates imperiales superioritatem territorii & annexam illi legum ferendarum potestatem non habere.

2 Lex statuto contraria superveniens an abrogat statutum? Negat jus canonicum in *cap. 1. de Constit. in 6to.* Ait Romanum in *L. 3. §. 5. de Sepulcr. viol.* Multi cum jure Canonico faciunt. Nos Romanno assentimus.

SPECIMEN IX.
MEDITATIONUM AD PANDECTAS
AD LIB. I. TIT. III.
DE
CONSUETUDINE
PUBLICE DEFENSUM
A
JOANNE HENRICO WERLHOFIO
D. VII SEPTEMBR. ANNI MDCCXII.

I.

Jus scriptum longe præstantius est jure non scripto.



Laudat *Berneggerus in Quæstionibus ex Tacito desumtis n. 112.* jus non scriptum, longeque illud juri scripto præfert. Quem alii secuti felicitatem reipublicæ, quæ tantum consuetudinibus gubernatur, mirifice extulerunt; eam vero, quæ legibus regitur,

regitur, illi longe postposuerunt & infelicem fere existimarunt. At nobis contrarium verius videtur. Itaque non dubitamus asserere, mores sine jure scripto ad bene regendam civitatem non sufficere, & miseras semper fuisse respublicas, quæ tantum jure uon scripto usæ sunt. Namque 1. jus non scriptum seu consuetudinarium nimis est incertum ac varium, cum populi, quo nihil est mutabilius, consensu & arbitrio nitatur. Vide L. 2. §. 3. *de Origine juris* ibi: *incerto magis jure & consuetudine, quam per latam legem.* Vix ullam reperies consuetudinem firmam & constantem, ut, si penitius paulisper inquiras, non aliquando actum contrarium in eadem civitate exercitum fuisse invenias. Quodsi vero respublica ex pluribus civitatibus aut pagis constat, nullus fere locus erit, in quo non singularis aliqua & a ceteris diversa consuetudo observetur. Exemplum maiores nostri, prisci Saxones, præbebunt, de quibus compilator *Speculi Saxonici lib.* 3. *a.* 64. der Gegend ist auch genug binnen dem Hertzogthum und Lande zu Sachsen, die sonderliche Rechte haben wollen & *art.* 42. Laßt euch nicht wundern, daß dies Buch so wenig sagt von der Dienstleut Recht. Denn es ist also mannigfalt, daß niemand sein zum Ende kommen kan und mag. Dann unter jeglichen Bischöffen und Aebten und Aebtißin haben die Dienstleute sonderliche Rechte, und darum kan ich hie das alles nicht entscheiden; & *art.* 79. nach ihren sonderlichen Dorfrecht. Ut proinde in istis rebuspublicis, in quibus ex moribus judicandum est, diversas sæpe & contrarias consuetudines reperias, &, quam in præsens sequi debeas, ignores. Deinde 2. ex ista varietate & incertitudine fluit difficultas probandi consuetudines, quam, qui judiciis collegiisque juridicis assident, quotidie experiuntur. Nos certe paucissima reminiscimur exempla, quibus hi, qui consuetudinem probandam susceperunt, probationem hanc feliciter ad finem perduxerint. Tum 3. jus consuetudinarium est nimis

angu-

angustum, &, cum plerumque memoria saltem hominum contineatur, omnes diversas, quæ in republica eveniunt, controversias complecti & decidere nequit. Igitur occasionem aperit frequentibus litigiis, disputationibus, fraudibus, & iniquis sæpe interpretationibus atque arbitriis judicum. Contra leges scriptæ, ut recte aiunt Romani adolescentes apud *Livium lib.* 2. *c.* 3. res surda & inexorabilis sunt, neque, si in iis ferendis necessaria observentur, affectibus facile aut iniquis explicationibus & detorsionibus locum faciunt. Porro 4. leges, siquidem a justo legislatore proficiscantur, semper bonæ & æquæ sunt. Inter consuetudines vero nunquam non aliquas reperias, quæ cum æquitate & ratione certent. Sæpe illæ non ratione introducuntur, sed errore obtinentur, ut Celsus in L. 39. *de Legibus* ait. Exemplum iterum præbent Germani, quorum mores dum recenset Tacitus, multos refert pessimos & iniquissimos, e. g. de servis per iracundiam impune occidendis *cap.* 25. de ludorum licentia & jure *cap.* 24. de rixis cæde & vulneribus transigi solitis *cap.* 22. De Saxonibus autem nostris in specie *Glossator ad Spec. Sax. l.* 3. *a.* 21. *n.* 9. der Sachsen Gewohnheit / was dieses Stück anlanget, ist seither abgelegt. Denn, als die sich zum Glauben bekehrten und das Land besetzten, da liessen sie allerley böse Gewohnheiten fahren, welche wider GOtt waren. Denique 5. ipse *Berneggerus quæst.* 113. ceterique juris non scripti patroni fatentur, rempublicam malis moribus infectam, in qua scilicet a morum innocentia ad vitiorum declivia publice discessum est (*ubi vero locorum non est discessum?* Berneggerus addit) emendari aliter non posse, nisi per scriptas leges. Cum vero, ut jam diximus, nulla unquam civitas fuerit, quæ cum bonis non etiam improbos mores receperit, nulla quoque respublica legibus scriptis carere aut feliciter sine illis administrari potest.

II. *In*

II.

Infelicitas rerumpublicarum, quæ tantum jure non scripto usæ sunt, exemplis ostenditur.

III.

Aureum seculum, quale veteres id describunt, miserrimum fuit.

Veritas eorum, quæ in *præcedente* §. diximus, evidentius apparebit, si ex historiis exempla earum civitatum, quæ consuetudinario saltem jure usæ sunt, cum iis rebuspublicis, quæ leges latas habuerunt, conferamus. Illas enim infelicissimas semper fuisse, neque calamitatem earum prius desiisse, quam jus scriptum reciperent, manifestum est. Si a fabulis ordiri vellemus, aureum primo seculum producendum esset, de quo *Ovidius Metam. lib.* I.

Aurea prima sata est ætas, quæ vindice nullo
Sponte sua sine lege fidem rectumque colebat.

In quo tamen aureo seculo, quemadmodum a poetis describitur, nihil animadvertimus, quod homini cordato placere queat. Cui enim arrideat horridum illud & agreste vivendi genus, quale *Juvenalis Satyra* 6. describit:

- - - - - - - *cum frigida parvas*
Præberet spelunca domos, ignemque laremque,
Et pecus, & dominos communi clauderet umbra:
Silvestrem montana torum cum sterneret uxor
Frondibus & culmo, vicinarumque ferarum
Pellibus; - - - -
- *potanda ferens infantibus ubera magnis*
Et sæpe horridior glandem ructante marito.
Quippe aliter tunc orbe novo, cœloque recenti
Vivebant homines: qui rupto robore nati
Compositive luto nullos habuere parentes.

aut quale *Ovidio Fastorum lib.* 2. depingit:

Vita feris similis, nullos agita per usus,
Artis adhuc expers, & rude vulgus erat.
Pro domibus frondes norant, pro frugibus herbas,
Nectar erat palmis hausta duabus aqua.
Nullus anhelabat sub adunco vomere taurus,
Nulla sub imperio terra colentis erat.
Nullus adhuc erat usus equi, se quisque ferebat,
Ibat ovis lana corpus amicta sua.
Sub Jove durabant, & corpora nuda gerebant,
Docta graves imbres & tolerare notos.

Quibus recte consideratis, profecto non cœtus hominum in aureo seculo, sed grex boum vacarumque sine custode per campos rudi petulantia discurrisse videtur. Scilicet ignavum otium frequentesque commessationes & compotationes omnem istius seculi felicitatem effecerunt. Ita enim *Hesiodus in libro* ἔργων:

- - - αἰεὶν δὲ πόδας καὶ χεῖρας ὁμοῖοι
τέρποντ' ἐν θαλίῃσι
ἀφνειοὶ μήλοισι - -

& *Ovidius in Metamorph.*

Mollia securæ peragebant otia gentes.
Ipsa quoque immunis rastroque intacta, nec ullis
Saucia vomeribus per se dabat omnia tellus.

nec non *Martialis in Epigr.* 61. *lib.* 12. ad Saturnum:

Antiqui rex magne poli, mundique prioris,
Sub quo pigra quies, nec labor ullus erat.

Quale vitæ genus tantum abest, ut felix existimari possit, ut potius, si cum nostro comparetur, longe deterius sit. Sed, missis fabulis, ad Romanos veniemus. Hi mirifice sub regibus floruerunt, quamdiu scriptis ab his legibus usi sunt; *Dion. Hal. Antiq. Rom. l.* 5. adeo, ut Brutus, qui Tarquinium

nium Superbum exegit, si libertatis immaturæ cupidine priorum regum alicui regnum extorsisset, pessimo publico id facturus fuisset *Livius l. 2. c. 1.* Sed postquam, eiectis regibus, omnes horum leges abrogarentur, populusque Romanus, ut Pomponius in L. 2. §. 3. *de Origine juris* ait, per multos annos incerto jure & consuetudine regeretur, infinitæ seditiones exortæ, & gravissimæ iniuriæ plebi a patribus atque mutuo patribus a plebe illatæ sunt, donec, apportatis ex Græcia legibus publiceque in XII. tabulis propositis, pristina tranquillitas aliquantulum restitueretur. Idem Germanorum fatum fuit, qui, quamdiu jure scripto caruerunt, inconditi, feroces, inhumani, turbulenti & impii fuerunt. Antiquissimis certe temporibus Germanos non juberi, non regi, sed cuncta ex libidine agere. Tutor Batavus apud *Tacitum Hist. l. 4. c. 76. & Pomponius Mela,* eos jus omne in viribus habere, testantur. Et agreste illud vivendi genus, barbari mores, inaudita sævitia, ignorantia supina, odium bonarum literarum, turpis inertia & desidia, perpetuæ compotationes & cetera vitia, quæ *Tacitus in libello de moribus Germanorum* describit, tantum cordato lectori erga istud seculum horrorem incutiunt, ut miremur, reperiri superstitiosos antiquitatis æstimatores, qui hanc maiorum nostrorum, ut aiunt, simplicitatem ament, laudent, ætatemque eorum non solum nostræ præferant, sed cum aureo seculo componant. At opus non est, ut ad illa antiquiora tempora recurramus. Considerabimus Germaniæ statum post Caroli Magni obitum. Innumeras illa calamitates, bella, diffidationes, latrocinia, mutationes sustinuit, quamdiu singularum provinciarum & imperii totius negotia, electiones, judicia ex usu & observantia, non ex legibus scriptis, administrabantur. Neque mutuæ illæ iniuriæ, continuæ invasiones & pericula cessarunt prius, quæcunque etiam medicinæ a Rudolpho Habsburgico aliis-

M 2 que

que ſtrenuis & prudentibus Imperatoribus afferrentur, quam *Carolus IV.* condita *Aurea Bulla* modum eligendi præſcriberet, deinde *Maximilianus I.* pacis publicæ leges promulgaret & judicium Cameræ inſtitueret, & poſt hunc *Carolus V.* celebrem de criminibus eorumque pœnis conſtitutionem ederet. Ex iſtis demum temporibus electio Imperatoris, quæ tumultaria olim & nunquam non ſanguinolenta ex uſu & conſuetudine fuerat, pacifica eſſe, privati antea continuis iniuriis & prædationibus de more expoſiti tranquillitate frui, & judicia, quæ ex arbitrio & libidine judicantium in innocentes ſæpe iniquiſſime reddebantur, juſte ſecundum leges adminiſtrari cœperunt. Tandem, ſi florentiſſimas reſpublicas, quæ unquam fuerunt, reſpiciamus, hæ ſcriptis legibus compoſitæ ſunt. Ebræis Deus ipſe leges dedit, Athenienſibus Solon, Spartanis Licurgus, quibus rebuspublicis neſcio, an ex antiquis aut hodiernis aliqua æquiparari poſſit.

IV.

Inter irrationabiles conſuetudines referuntur quoque deriſoriæ.

Conſuetudines irrationabiles, etſi lapſu temporis memoriam hominum excedentis ſtabilitæ, tamen non obligant. Sunt vero conſuetudines irrationabiles imprimis illæ, quæ juri naturæ & divino repugnant, quarum exempla in *Conſtitut. crim. art.* 218. inveniuntur. Præterea huc referimus *arg. L.* 14. *de Conditionibus inſtitut.* conſuetudines deriſorias, quæ ſcilicet nullam utilitatem habent, atque tamen incommodo homines afficiunt. Hæ etiam, quantumvis antiquiſſimæ, nullius momenti ſunt. Exempla huiusmodi deriſoriarum conſuetudinum paſſim apud ſcriptores exſtant, & ſæpe Collegiis Juridicis offeruntur. Non diu eſt,

est, quod a JCtis Helmstadiensibus sententia expeteretur in causa diu magnisque sumtibus agitata super quæstione, valeretne consuetudo in collegio opificum recepta, ne quis rubro cæruleove pallio uteretur. Ita, si *Zeilero de decem circulis Imperii Rom. Germ. tit.* 5. *p.* 330 *credimus*, Erfordiæ mos est, ne quis, cui nomen Petrus, in Senatum admittatur. Derisoria quoque est consuetudo nec toleranda, quam *Herman. Kirchn. de Rep. Disput.* 14. *&* *Marquard. de Jur. Mercator. singul. l.* 3. *c.* 2. *n.* 32. Bergæ in Norvegia vigere memorant, ut in mercatorum collegio nemo recipiatur, nisi plagas, balneum, suspendium, fumum, ustulationem, & nescio quæ præterea tormenta perpessus. Possem, si antiquitates eruere in præsens animus esset, absurdiores cosuetudines afferre. Sed operæ pretium non est, ineptiis istis diutius immorari.

V.

Observantiæ Collegiorum Juridicorum non omnis auctoritas detrahenda est.

VI.

Doctrina, quod in testamento parentum inter liberos, si extraneæ personæ, per legatum aut fideicommissum quid relinquatur, duo testes sint necessarii, per observantiam recepta est.

Pleraque collegia juridica certas habent receptas sententias, secundum quas, si casus eveniat, pronunciare solent. Eas observantiam suam vocant. Quam vocem Justiniani auctoritas in §. 7. *I. de Satisdationibus* tuetur, ut a JCto barbara dici non debeat. Cum vero plurium Collegiorum observantia in aliqua juris quæstione convenit, tunc *praxis* communiter apellatur. Eam nonunquam *tyrannizare*, conqueruntur multi, & nos ipsi quotidie experimur. Gratulamur igitur seculo nostro strenuos tyrannicidas,

nicidas, qui communes iſtas obſervantias de faſtigio, quod injuſte occuparunt, dejiecere conantur. At cavendum ſimul eſt, ne, quemadmodum populus Romanus poſt eiectos reges in illorum legibus aut maiores noſtri JCti auctoritatis Accurſianæ pertæſi in Gloſſa fecerunt, bona cum malis ejiciamus. Improbum profecto, obſervantiam ſtabilire, quando lex adverſatur. At, cum illa vel ratio ejus dubia videtur, & quæſtio incidit, quæ in utramque partem diſputatur, uti plurimæ ſunt in jure noſtro controverſiæ, quæ magnam utrinque probabilitatem habent, tum JCtos decet, non deſultoria levitate huc illuc vagari, ſed jus illud, quo civitas aut collegium retro in eiusmodi caſibus uſum fuit, L. 37. *de Legibus* ſive rerum perpetuo ſimiliter judicatarum auctoritatem L. 38. *eodem* inſpicere, id eſt obſervantiam ſequi. Sed ais, cur non potius JCtis ex ſui animi ſententia, neglectis maiorum opinionibus & obſervantiis, legem dubiam interpretari liceat. Multæ nos, ne hoc licere illis putemus, movent rationes. Noluit Juſtinianus hoc illis licere, qui in L. 37. *de Legibus* ex Calliſtrato deſumta, in interpretatione legis IN PRIMIS inſpicere jubet, quo jure retro civitas in eiusmodi caſibus uſa fuiſſet. Adde L. 34. *de Regulis juris*, ubi JCtus ante omnia morem regionis ſequi, &, ſi hic non appareat vel varius ſit, ex æquitate & arbitrio ſuo ſtatuere jubetur. Neque conſultum eſt reipublicæ, eam licentiam JCtis indulgeri. Nihil tam integritati judiciorum nocet, quam inconſtantia frequentesque variationes. Eæ iſtam litium inter cives multitudinem & immortalitatem efficiunt. Tota jurisprudentia noſtra, ut antea dixi, referta eſt controverſiis nondum deciſis, quæ ſumma veroſimilitudine in utramque partem diſceptari queunt. Plerique autem homines acriore paulum ingenio præditi ad diſſentiendum promti ſunt, & neſcio quibus ſtimulis incitantur, ut, cum duæ illis diverſæ ſententiæ proponuntur, eam fere

pul-

pulcriorem putent, quæ nova videtur, & a recepta maiorum opinione recedit. Eveniet igitur, ut, si observantiæ omnem auctoritatem detrahimus, eædem controversiæ in eodem collegio pro diversitate temporum, vel numero assessorum, in hanc vel illam opinionem propensorum, modo sic modo aliter decidantur. Quanta vero hinc orietur confusio, quantus contemtus in aliis hominibus erga jurisprudentiam nostram nascetur, quæ incertitudo juris, quæ fluctuatio apud hos, quibus litigandum est, orietur. Præstat igitur in causis dubiis, cum scilicet lex nulla in contrarium est, & rationes magni ponderis ex utraque parte afferuntur, in ea sentia acquiescerere, quam nos ipsi vel majores nostri ante probarunt & in pronunciando observarunt. Ut exemplo rem illustrem, celebris est controversia de numero testium in testamento parentum inter libros tunc, cum extraneæ personæ quid legatur, necessario. Alii *cum Schiltero Exerc.* 38. §. 124. nullos requirunt; alii cum *Brunnemanno ad auth. Quod sine C. de Testamentis n.* 18. quinque desiderant; alii denique cum *Carpzovio P.* 3. *C.* 4. *def.* 20. duos esse necessarios dicunt. Nulla est ex istis tribus sententiis, quæ non verosimilibus admodum argumentis defendi queat. At in Collegio JCtorum Helmstadiensium secundum postremam pronuntiatum fuisse, ex voluminibus rerum judicatarum a maioribus confectis apparet. Quapropter, etsi priores duæ non omni fundamento destituantur, tamen illi, qui hodie collegio isti assident, observantiam non deserunt, sed adhuc Mense Augusto anni CIↃ IↃ CCXIII. duos testes necessarios esse, pronuntiarunt. Eundem in modum super fideicommisso universali in tali testamento relicto mense Decembri anni CIↃ IↃ CCXV. responderunt. Hat J. H. in seinem hinterlassenem Testament seine einige Tochter zur Erbin eingesetzet, derselben aber, die Erbschaft mit Zurückbehaltung von 450 Marck an seine Witwe

zu

zu restituiren anbefohlen. Weil nun dieses Testament nur von 2 Zeugen unterschrieben worden, so wird gezweifelt, ob es zu Recht bestehen könne. Nun seynd zwar unterschiedene Rechts-Lehrer der Meynung, daß auch ein Testamentum inter liberos, wenn darinnen einer auswärtigen Person etwas hinterlassen wird, nothwendig 5 Zeugen erfordere. Alldieweil aber das contrarium, daß nemlich in solchem Fall 2 Zeugen genug seynd, denen Rechten gemäßer ist, wie aus Gegeneinanderhaltung der *Novellæ* 107. *c.* 1. ibi: *coram testibus* mit dem L. 12. *de Testibus* erhellet; So seynd die äußerlichen Solennitäten besagten Testaments richtig.

VII.

Praxis nullibi magis, quam in causis criminalibus, tyrannidem exercet.

Incredibile est, quanta sit tyrannis, quam in causis criminalibus praxis exercet. Nullus fere est in *Constitutione Carolina* articulus, quem observantia, vel Carpzovii auctoritate vel intempestiva misericordia subnixa, non corruperit, in alium sensum detorserit, aut etiam usum eius plane sustulerit. Hoc Augiæ stabulum ut quis purget & observantiæ contra juris scripti sacrilegam auctoritatem in Iurisprudentia criminali exstirpet, justum est. Sed huc usque tyrannis illa inconcussa stat, & JCtos invitos sæpe & renitentes ut obsequantur, compellit. Sic pœna famosi libelli in *art.* 110. constituta nunquam infligitur, quia Carpzovius de contraria observantia cum aliis testatur. Sic ultimum supplicium *articulo* 162. in furtum tertium indistincte statutum fere nunquam adiudicatur, quod observantia limitationes invexit, ut fur bis jam antea fuerit punitus, & furtum quoque ultimum magni momenti sit. Porro, quidquid dicat *articulus* 130. pro veneficis non

habentur,

habeantur, nec pœnæ ibi constitutæ subjiciuntur illi, qui venenum propinarunt, si mors illud non sequatur, sed furor, aut paralysis, aut alius morbus gravis & sonticus, ex ea ratione, quod Carpzovius, verba istius articuli an Leib oder Leben conjunctive contra nativam eorum significationem accipi debere putavit. Taceo cetera, quæ observantia contra claras leges ex superstitioso erga Carpzovium Doctoresque ceteros obsequio vel ex intempestiva misericordia, quæ rebuspublicis longe, quam sævitia, perniciosior est, introduxit.

VIII.

Non est semper necesse, ut consuetudo specifice probetur.

Communis est doctrina, consuetudinem specifice probari, hoc est, ostendi debere, illum ipsum casum, de quo nunc controvertitur, eundem prorsus in modum alio tempore extitisse. Consuetudo, inquiunt DD. apud *Cothmannum vol.* 25. *Resp.* 84. *n.* 2. non tantum plene est probanda, sed & in specie specialissima demonstrari & probari debet. Nos vero id semper necessarium non putamus, sed sufficere credimus, ut consuetudo in genere demonstretur. Rem optime exemplo declarabimus. Decesserat civis Magdeburgensis, relictis fratrum unilateralium liberis & consobrinis. Hi simul cum illis ad heriditatem admitti cupiebant, & fundamentum petitionis suæ in eo ponebant, quod jus Saxonicum hoc casu a Magdeburgensibus receptum sit. Igitur huius receptionis probatio ipsis imponebatur. Quam sic peragebant, ut primum generaliter per testes ostenderent, Magdeburgi in successionibus jus Saxonicum observari, deinde exempla varia, inter quæ tamen id, de quo nunc controvertebatur, non erat, rerum secundum jus Saxonicum judicatarum afferrent. Negabant adversarii, acto-

tes sententiæ satisfecisse, quod specifica probatio deficeret. At JCti secundum eos litem dederunt. A toto enim ad partem recte arguitur. Igitur is, qui jus, quo certæ species, continentur, generatim receptum esse contendit, ad probationem singularum specierum non obstringitur. Vide *Bergerum de usu actionum P. poster.* §. 10.] Quamobrem sic pronunciatum fuit mense Decembri anni CIↃ IↃ CCXVI: Es haben Intervenienten bescheinigen sollen, daß in dem Falle, wenn des verstorbenen Mutter Bruders Kinder mit denen Halb-Geschwister Kindern bey der Erbschafft concurriren, die Sache nach dem Sachsen-Recht zu decidiren sey. Nachdem sie nun diese Bescheinigung geführet, so bemühen sich Klägere, dieselbe anzufechten, und führen unter andern dawider an, daß eine Gewohnheit specifice bewiesen werden müsse, hingegen alle von Intervenienten beygebrachte Actus von dem gegenwärtigen gänzlich unterschieden, demnach zu dessen Behauptung nicht hinlänglich wären; überdis das Sachsen-Recht, wenn es ja in alten Zeiten zu Magdeburg im Schwange gegangen, durch die erfolgte Policey-Ordnung wieder aufgehoben worden; aus welchen Ursachen es das Ansehen gewinnet, ob hätten Intervenienten die ihnen auferlegte Bescheinigung gebührend nicht vollführet, und wären demnach mit ihrem Suchen gänzlich abzuweisen. Alldieweil aber Intervenienten generaliter zu bescheinigen übernommen, daß daß Sachsen-Recht in denen bey der Stadt Magdeburg vorfallenden Erbgangs- und andern Sachen eingeführet sey, demnach implicite zugleich gegenwärtigen Casum in denen auf obberührte universalem observantiam gerichteten Artikeln begriffen, und selbigen absonderlich beyzubringen nicht nöthig gehabt, hiernächst diese generale Receptio juris Saxonici, was die alten Zeiten betrifft, aus denen Historien und Nachrichten überflüßig bekant ist, folglich die rechtliche Vermuthung, daß die Sachen im alten Stande geblieben, und vielbesagtes Jus Saxonicum in Ermangelung einer deutlichen Abrogation noch

heut

heut zu Tage üblich sey, erwächset, ferner aus so vielen von Intervenienten angezogenen Urtheln, Bescheiden, Protocollis, attestatis actorum zur Gnüge erhellet, daß das Sachsen-Recht annoch beständig zur Richtschnur in Entscheidung der streitigen Erbgangs-Sachen diene, darwider denn Klägere keinen einigen Actum contrarium beyzubringen vermocht, immassen ihnen auch die Einführung der Magdeburgischen Policey-Ordnung nicht zu statten kommt, indem darinnen zuförderst auf jedes Ortes Willkühr und Gewohnheiten zu sehen befohlen wird; So haben wir, daß Intervenienten dasjenige, was ihnen zu bescheinigen obgelegen und sie sich angemasset, zu Recht bescheiniget, gesprochen.

IX.

Testimonium judicis consuetudinem quidem non plene, sed tamen semiplene probat.

Judici de consuetudine testanti fidem non haberi, DD. fere omnes dicunt, ex quibus nunc saltem *Carpzovium P. 2. C. 3. def. 22. n. 2. & Mevium P. 4. Dec. 2.* memorabimus. At temperanda est hæc sententia merito, ob insignem, quam judex omnis habet, fidem & integritatis opinionem, de qua vide *c. 6. X. de Renunc.* Scilicet non plene creditur judici hoc in casu, sed tantum tamen, quantum alii testi. Facit itaque, ut loquuntur JCti, probationem semiplenam. Atque hæc sententia in Collegio JCtorum Helmstadiensium recepta est, secundum quam mense Augusto anni CIↃ IↃ CCXIV. prununciarunt: **Klägerin vermeynet zwar, es sey die angegebene Observanz der Stadt Magdeburg noch nicht erwiesen, in dem zu solchem Beweis das obrigkeitliche Attestat nicht zureiche. Wiewol nun die sonderbare Observanz zu erweisen, das Raths-Attestat nicht hinlänglich scheinet, so ist doch dasselbe nicht ganz unkräftig und macht wenigstens ein stark Argument.**

X.

Solus usus, nisi contradictio judicio firmatus, legem non tollit.

An desuetudine seu non usu lex tollatur, lis magna est inter ipsos adeo JCtos veteres, ut ex L. 32. §. 1. *de Legibus* & L. 2. C. *Quæ sit longa consuet.* In quarum legum conciliatione ab innumeris DD. ante nos tentata in præsens non desudabimus: Posse tamen eam optime fieri putamus, si dicas, simplicem desuetudinem non officere legi, sed eam tantum, quæ contradicto judicio firmata sit. *Vide L. 34. de Legibus.* Itaque cum quis assereret, legem publicam de confirmandis per magistratum tutoribus in Marchia Brandenburgensi usu non servari, JCti tamen Helmstadienses, auctoritatem eius propterea infirmatam esse, non existimarunt, & sic mense Martio anni CIↃ IↃ CCXIV. responderunt: Die Erneuerung des Pfand-Rechts auf 40 Jahr mag auf Seiten der Klägere, welche damalen unmündig gewesen, nicht bestehen, da diejenigen, so sich der Vormundschaft angemasset, denen allgemeinen Reichs-Gesetzen zuwider, von der Obrigkeit nicht confirmiret worden. Und obgleich Appellanten, daß dieses Recht in der Mark Brandenburg so genau nicht observiret werde, vorschützen, so mag doch eine solche non observantia, wenn Beklagte gleich dieselbe, wie ihnen aber ziemlich schwer fallen würde, erwiesen, ein Gesetz nicht aufheben. Sic quoque in Saxonia lex est, ut decoctores flavum pileum ignominiæ causa gestent. Cuius legis in usum deductæ exemplum, quantum scimus, non extat. Valeat ea tamen poteritque, si occasio obveniat, ea pœna infligi.

COROLLARIA.

1 Actiones pœnales, in duplum vel quadruplum jure Romano constitutæ, in Germania receptæ sunt, & quia nunquam abrogatæ, adhuc hodie valent.

2 Ad consuetudinem inducendam actus judiciales necessarii non sunt. Nec obstat nobis *L. 34. de Legibus.*

SPECI-

SPECIMEN X.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. I. TIT. IV.
DE
PRIVILEGIIS
PUBLICE DEFENSUM
AB
ALBERTO RIPER
PALAEOGIA - BREMENSI.
D. XXIII. SEPTEMB. ANNI CIƆ IƆ CCXIII.

I.
Ex privilegio, universitati concesso, singula ejus membra actionem instituere possunt.

Est hæc controversia in foro frequentissima, an singula membra ex privilegio, universitati suæ concesso, jus agendi contra turbatores juris istius & infractores privilegii consequantur. Non desunt JCti magni nominis, qui negantem sententiam amplectuntur, neque rationes illis verosimiles deficiunt. Provocant imprimis ad L. 7. §. 1. *Quod cujuscunque universitatis*, in qua Ulpianus: *Si quid*, ait, *universitati debetur*, *singulis non debetur*. Addunt L. 6. §. *de Rerum divisione*. Quæ rationes tanti esse aliquando visæ sunt celeberrimo cuidam collegio juridico, ut, cum civitas aliqua jus prohibendi haberet, ne quis in ea novam cauponam institueret, singulos tamen cives jus istud exercere & exstructionem novæ cauponæ impedire posse, negaret, sed actionem ab illis motam repelleret. At rem accuratius considerantibus verius & æquius videtur, singulis collegis ex privilegio, universitati suæ tributo, jus agendi competere. Nam quod ad leges istas, quæ nobis objiciuntur, attinet, hæ de proprietate

XI.

Solus usus, nisi contradictio judicio firmatus, legem non tollit.

An desuetudine seu non usu lex tollatur, lis magna est inter ipsos adeo JCtos veteres, ut ex L. 32. §. 1. *de Legibus* & L. 2. C. *Quæ sit longa consuet.* In quarum legum conciliatione ab innumeris DD. ante nos tentata in præsens non desudabimus: Posse tamen eam optime fieri putamus, si dicas, simplicem desuetudinem non officere legi, sed eam tantum, quæ contradicto judicio firmata sit. *Vide L. 34. de Legibus.* Itaque cum quis assereret, legem publicam de confirmandis per magistratum tutoribus in Marchia Brandenburgensi usu non servari, JCti tamen Helmstadienses, auctoritatem eius propterea infirmatam esse, non existimarunt, & sic mense Martio anni cIɔ Iɔ ccxiv. responderunt: Die Erneuerung des Pfand-Rechts auf 40 Jahr mag auf Seiten der Klägere, welche damalen unmündig gewesen, nicht bestehen, da diejenigen, so sich der Vormundschaft angemasset, denen allgemeinen Reichs-Gesetzen zuwider, von der Obrigkeit nicht confirmiret worden. Und obgleich Appellanten, daß dieses Recht in der Mark Brandenburg so genau nicht observiret werde, vorschützen, so mag doch eine solche non observantia, wenn Beklagte gleich dieselbe, wie ihnen aber ziemlich schwer fallen würde, erwiesen, ein Gesetz nicht aufheben. Sic quoque in Saxonia lex est, ut decoctores flavum pileum ignominiæ causa gestent. Cuius legis in usum deductæ exemplum, quantum scimus, non extat. Valeat ea tamen poteritque, si occasio obveniat, ea pœna infligi.

COROLLARIA.

1 Actiones pœnales, in duplum vel quadruplum jure Romano constitutæ, in Germania receptæ sunt, & quia nunquam abrogatæ, adhuc hodie valent.

2 Ad consuetudinem inducendam actus judiciales necessarii non sunt. Nec obstat nobis *L. 34. de Legibus.*

SPECI-

SPECIMEN X.
MEDITATIONUM AD PANDECTAS
AD LIB. I. TIT. IV.
DE
PRIVILEGIIS
PUBLICE DEFENSUM
AB
ALBERTO RIPER
PALAEOGIA - BREMENSI.
D. XXIII. SEPTEMB. ANNI CIↃ IↃ CCXIII.

I.

Ex privilegio, universitati concesso, singula ejus membra actionem instituere possunt.

Est haec controversia in foro frequentissima, an singula membra ex privilegio, universitati suae concesso, jus agendi contra turbatores juris istius & infractores privilegii consequantur. Non desunt JCti magni nominis, qui negantem sententiam amplectuntur, neque rationes illis verosimiles deficiunt. Provocant imprimis ad L. 7. §. 1. *Quod cujuscunque universitatis*, in qua Ulpianus: *Si quid*, ait, *universitati debetur, singulis non debetur.* Addunt L. 6. §. *de Rerum divisione.* Quae rationes tanti esse aliquando visae sunt celeberrimo cuidam collegio juridico, ut, cum civitas aliqua jus prohibendi haberet, ne quis in ea novam cauponam institueret, singulos tamen cives jus istud exercere & exstructionem novae cauponae impedire posse, negaret, sed actionem ab illis motam repelleret. At rem accuratius considerantibus verius & aequius videtur, singulis collegis ex privilegio, universitati suae tributo, jus agendi competere. Nam quod ad leges istas, quae nobis objiciuntur, attinet, hae de proprie-

 tate

tate rerum ad universitatem pertinentium agunt, quam utique sibi singuli vindicare non possunt. Pecuniam etiam collegio debitam singula membra ejus exigere nequeunt, quia hæc ad usus publicos destinata est. At secus sese res habet in iis juribus, quæ universitati quidem tributa sunt, sed ex quorum exercitio singuli emolumentum capiunt. Quod enim ex his descendit jus agendi vel prohibendi, privatis denegari non debet. Iniquum quippe foret, alicui adimere jus persequendi vel tuendi id, in quo utilitas ipsius versatur. Ne quid autem sine legum auctoritate statuere videamur, tam clara est dispositio L. 2. §. 2. 4. & 5. *Ne quid in loco publico*, ut, qui a nobis dissentiunt, eam sine dubio non animadverterint. Ibi scilicet Ulpianus jus prohibendi & agendi tribuit singulis tunc, cum id, quod in publico fit, in privati damnum redundat. Adjicimus *Carpzovii* testimonium, non quod illud in re clara & æquissima necessarium putemus, sed quia multos auctoritate magis, quam ratione moveri scimus. Sic vero ille in *Decisione* 205. *n.* 16. *Homines*, ait, *qui sunt de universitate, juvantur, quo minus sine mandato vel syndicatu comparentes a judicio repellantur, cum omni remoto dubio sint litis consortes. Nec enim fieri potest, ut causa communis non etiam singulos concernat, eorumque commodum respiciat, quod per exemplum, si forsan de jure pascendi vel piscandi controvertatur in judicio, demonstrare difficile haud est; quodsi enim victoriam reportaverit universitas, & singuli de victoria gloriabuntur, quin & hæc singulis usui cedit.* Consentiunt nobiscum JCti Helmstadienses, qui mense Aprili anni CIↃ IↃ CCXIII. in controversia inter duos pistores agitata sic responderunt: Beklagter befindet sich über das Urthel, worinnen ihm den veränderten Brodtladen anfzuheben und wieder an vorige Stelle zu legen, anbefohlen worden, insonderheit daher beschweret, weil in Rechten nicht zu befinden, daß singula membra das einer gantzen Innung

nung ertheilte jus prohibendi exerciren können; Alldieweil aber dasjenige, was in denen Innungs-Artickeln enthalten, daß nemlich die Back-Gerechtigkeit an keinem andern Orte getrieben werden solle, nicht allein der ganzen Innung, sondern auch singulis membris derselben zum Besten verordnet ist; diesemnach das jus prohibendi und agendi einem jeden insonderheit daraus zustehet; fürnemlich aber gegenwärtigem Kläger, als welcher seines eigenen nahe gelegenen Hauses halber ein sonderbares Interesse vor andern dabey hat; So haben wir das letzte Urthel bestätiget.

II.

Privilegium personale alteri locari potest.

Res hæc non fine dubio est. Certe, si indolem privilegiorum personalium, quæ secundum dictum Imperatoris in §. 6. *de Jure nat. gent. & civ.* personam non transgrediuntur, consideramus, si L. 42. *de Admin. & peric. tut.* imprimis autem L. 1 §. 43. *de Aqua quotidiana* inspicimus, videtur locatio in privilegiis personalibus locum invenire non debere. In ultima enim, quam citavi, lege Ulpianus: *Quod datur*, inquit, *personis, cum personis amittitur, ideoque neque ad heredem vel QVALEMCUNQVE POSSESSOREM transit.* Nihilominus tamen contrariam sententiam veriorem putamus, privilegium scilicet personale locari posse. Est enim hæc natura jurium personalium, ut quidem omni modo in tertium transferri nequeant, usus vero eorundem temporarius per locationem similesve contractus alteri concedi queat, ipso jure apud priorem salvo manente. Exemplum luculentum in usufructu occurrit L. 12. §. 2. *de Usufructu.* Quod cur ad privilegia accommodari non debeat, rationem nullum videmus. Igitur jura ista & leges, quas supra attulimus, explicari oportet de ipsius juris translatione.

latione. Quæstionem hanc agitatam fuisse, recordamur in casu, quo quis pro se liberisque suis obtinuerat privilegium, ut in certa domo cerevisiam coquere, vendereque, posset. Hic cum jus illud cum ædibus alteri locaret, ceteri autem cives contradicerent, ICti Vitembergenses interrogati mense Octobri anni CIↃ IↃ CCXI, sic responderunt: Berlanget derselbe Unterricht, ob J. F. G. das Hauß samt der Brau-Nahrung um ein gewisses Geld Pachtweise entweder an den Herrn oder einen andern überlassen könne; Wenn nun gleich besagte Begnadigung blos auf die Gromannische Nachkommen restringiret, folglich an keinen tertium überlassen werden mag; Dieweil aber dennoch demjenigen, welchem ein jus personale zukommt, dessen Genuß auch an einen Fremden Pachtweise zu überlassen frey stehet; So ist J. F. G. das Hauß samt der Brau-Nahrung Pachtweise an den Herrn oder einen andern zu überlassen wol berechtiget.

III.

Privilegium, cum in solius concedentis detrimentum vergit, latissime est explicandum.

Equidem superstitiosi non sumus, nec omnia, quæ a majoribus nostris sæpe sine ratione tradita sunt, tuemur. Ea tamen nobis est erga antiquitatem veneratio, ut priscas juris regulas non temere deserendas putemus. Inter istas hæc quoque nota est, quæ ex L. 3. *de Constitutionibus principium* desumitur: Privilegia, cum in præjudicium concedentis tendunt, latissime sunt interpretanda. Scimus, veritatem eius & usum a nonnullis, quorum doctrinam & ingenium magnopere suspicimus, in dubium vocari. At, ut ingenue sententiam nostram dicamus, ratio-

rationes, quas offerunt, nos quidem hucusque, ut ad partes illorum accederemus, non permoverunt. Sed alio fortaſſis tempore hæc latius exequemur. In præſens id ſaltem pollicemur, nos antiquam receptamque ſententiam contra oppugnatores ejus publice in cathedra defenſuros eſſe. Id præterea addimus, Collegia juridica adhuc ſecundum illam pronunciare. Quod factum fuiſſe recordamur in caſu, quo princeps cuidam prædio neceſſaria ligna ex nemoribus ſuis vicinis conceſſerat. Id privilegium miniſtri principis ad ligna igni alendo neceſſaria, Brenn-Holtz, reſtringere conabantur. At reſponſum fuit, eodem tigna quoque, das Bau-Holtz, contineri. Ex eadem ratione JCti Helmſtadienſes menſe Februario anni cIↄ Iↄ ccxv. doctrinam *Schilteri in Exerc. ad π. 1. §. 22. ſeqq.* ſecuti, reſponderunt, immunitatem, quam princeps cuidam generaliter ab omnibus oneribus tribuerat, ita, ut ipſe partem ejus in ſe reciperet, late explicandam eſſe, atque ad ea quoque onera pertinere, quæ poſt privilegium noviter excogitata & introducta, tempore autem privilegii conceſſi prorſus incognita fuerant. Haben Königl. Majeſt. das Guth H. gegen Bezahlung 1600 Rthl. von allen Landesbeſchwerden befreyet, wollen aber nunmehr die Conſumtions-Acciſe davon bezahlet haben. Wiewol nun die Privilegia immunitatis ſtrictiſſime zu erklären, und ad non cogitata, dergleichen allhier die 10 Jahr hernach erſt eingeführte Conſumtions-Acciſe auch iſt, nicht zu erſtrecken seynd; Alldieweil aber gegenwärtiges Privilegium zu keines Menſchen Beſchwerung gereichet, indem der Concedent die Onera über ſich und ſeine Nachkommen nimmt, bey welcher Bewandtniß ſelbiges nicht ſtricte, ſondern latiſſime zu erklären iſt, zugeſchweigen, daß ohne deß die Worte des privilegii alſo eingerichtet ſeynd, daß man aus ſelbigem wohl ſiehet, wie der Concedent auch die zukünftigen Onera, inſonderheit die Conſumtions-Acciſe darunter verſtanden wiſſen wollen 2c.

IV.

Princeps, qui privilegium indulsit, potest tamen alii simile privilegium concedere, licet prior privilegiatus inde aliquod sentiat detrimentum.

Etsi non parum sententiæ nostræ obesse videatur allata *Lex 3. de constitutionibus principum*, quæ beneficia Imperatoris plenissime interpretari jubet; Nihilominus affirmare non dubitamus, permittendum esse principi, qui privilegium indulsit, ut tertio simile privilegium, etsi id aliquo detrimento priorem privilegiatum afficiat, concedat. Fac ergo, principem civi cuidam jus vendendi vinum ac cerevisiam ex privilegio dedisse; fac etiam, civem illum hoc jus diu solum in civitate exercuisse. Nihil tamen oberit, quo minus princeps beneficium eiusmodi & aliis indulgeat. Quantacunque enim latitudine privilegia principis interpreteris, eo usque tamen illa extendenda non sunt, ut potestatem eius summam & jura regalia, ad quæ etiam jus privilegia concedendi refertur, imminuant. Tunc enim, cum privilegium quoddam majestati principis aut juribus regalibus nocere videtur, quantum fieri potest, restringendum est. Accedit, quod nemo privatus, nedum princeps, facultati sibi competenti renunciasse præsumatur. Princeps itaque, qui hoc casu jure suo utitur, licet inde lucrum aliquod priori privilegiato intervertatur, injuriam non facit, *arg. L. 2. §. 9. de Aqua & aqua pluv. arc.* Atque secundum hanc sententiam JCti Vitembergenses eum in modum Mense Jan. an. cIↄ Iↄ ccxi. responderunt: Will E. E. auf einem nahe bey der Stadt-Mauer unter der Stadt-Gerichtsbarkeit belegenen Platze einen Gasthof anlegen, und allda die Wirthschaft durch seine Leute treiben lassen, schützet auch dieserhalben ein vom Landes-Fürsten erhaltenes Privilegium für. Weil aber hierdurch denen in der Stadt befindlichen Gastwirthen gros-

ser Abbruch geschiehet, so verlanget ihr, ob sie solches zu verhindern befugt, zu wissen; Ob nun wohl der eine von diesen Gastwirthen gleichfalls ein vom Landes-Herrn ihm sub hoc onere, daß er dafür jährlich 90 Reichsthaler zur Fürstl. Cammer zahlen solle, ertheiltes privilegium anführet; Dieweil aber dennoch kein privilegium dem Landes-Fürsten, daß er nicht andern eben dergleichen privilegia ertheilen könne, die Hände bindet; So ist E. E. einen neuen Gasthof anzulegen, und daselbst die Wirthschaft durch seine Leute zu versehen, wohl berechtiget.

V.

Privilegio, licet sub onere concesso, jus alios prohibendi inesse non præsumitur.

VI.

Privilegium, cui jus prohibendi alios annexum, ultra pomœria extendi non debet.

Tunc, cum privilegium in aliorum præjudicium tendit, cessare regulam ex *L.* 3. *de constit. princ.* desumtam atque stricte illud interpretandum esse, DD. fere omnes fatentur, propter *L.* 2. §. 10. *&* 16. *Ne quid in loco publ.* & *L.* 4. *C. de Emancipat.* Quam sententiam, quippe æquissimam, nos quoque amplectemur, unoque & altero exemplo illustrabimus. Fac ergo, concessum alicui privilegium cauponam in civitate exercendi a principe esse, sub gravi onere solvendæ annuæ pensionis. An is propterea jus prohibendi alios, ne ipsi quoque in ea civitate cauponentur, habebit? Non putamus. Etsi enim privilegia onerosa DD. communiter paulo latius, quam gratuita extendant, tamen id tunc saltem verum est, cum de præjudicio concedentis, non aliorum, quæstio est. Finge porro, tribui etiam illi cauponi jus prohibendi, ne quis alius in civitate cauponetur.

 An

An ex hoc privilegio impedire poteſt exſtructionem novæ cauponæ extra pomœria in loco tamen civitati proxime adjacente & jurisdictioni ejus etiam ſubjecto? Non parum ea res dubii habet, cum per L. 147. & 154 *de Verborum ſignific.* civitatis appellatio etiam ædificia continentia extra murum complecti videatur. At hæ LL. de ſola urbe Roma ſecundum L. 2. *pr. de Verb. ſignific.* intelligendæ ſunt; ceteræ autem urbes, ut Paulus ibi ait, muris finiuntur. Jure quoque Germanico, ut *Schilterus ad π. Exerc.* 3. §. 8. oſtendit, ſuburbia diverſo jure, quam urbes ipſæ, cenſentur. Igitur, cum regula ſupra memorata de privilegiis in odium aliorum vergentibus ſtrictiſſime interpretandis accedat, aſſerimus, jus iſtud prohibendi ad cauponam extra murum ædificatam extendi non debere. Atque ſic in cauſa, cuius mentionem in præcedente Meditatione fecimus, ab iisdem JCtis reſponſum fuit: Daß ein obgleich ſub graviſſimo onere gegebenes privilegium keinesweges ein jus prohibendi wider andere, wenn ſolches nicht ausdrücklich darinnen enthalten, in ſich begreifet; Zudem in gegenwärtigem Fall das jus prohibendi, wenn es auch gleich dem Gaſtwirthe zukäme, dennoch, nach Art derer zu der übrigen Leute præjudiz gereichenden Privilegien, ſtrictiſſime erkläret, und keinesweges auf die auſſer der Stadt-Mauer gelegenen Orte erſtrecket werden müſte.

VII.

Privilegia, quæ monopolium & jus prohibendi alios continent, ſtrictiſſime interpretanda ſunt.

VIII.

Vox nundinarum non ſemper ſolemnes, die Meſſen, *comprehendit.*

IX.

Sub appellatione prædiorum nobilium & civitatum pagi illis ſubjecti non comprehenduntur.

Privi-

Privilegia, quibus jus prohibendi alios annexum est, odiosa maxime atque propterea restringenda esse ostendimus. Idem ergo de istis privilegiis dici debet, quibus monopolium alicui indulgetur. Nam monopolium quoque jus prohibendi alios tacite continet. De odio autem monopoliorum vide *tit. C. de. Monopoliis*. Quapropter cum collegium opificum in civitate quadam privilegium obtinuisset, ut membris suis solis, in nundinis, **auf denen Märkten**, certam mercem vendere liceret, atque controversia oriretur, an istud privilegium ad nundinas solemnes, quæ ex concessione Imperatoris quotannis in illa urbe exercebantur, pertineret, negarunt JCti Helmstadienses, duplici ratione inducti. Prima ex odio istiusmodi privilegii in detrimentum aliorum & imminutionem liberi commercii vergentis desumebatur. Altera inde petebatur, quod nundinarum jus ab ipso Imperatore civitati concessum omnibus quascunque merces importare & vendere publice permitteret. Sed monopolii privilegium Princeps inferior dederat. Hoc itaque sic explicari par erat, ne beneficium ab imperatore indultum infringeretur. Vide *Strykium in usu moderno Pandectarum tit. de Constitutionibus principum* §. 11. Aliud exemplum regulæ, quod privilegium, si monopolium sapiat, & jus alios prohibendi contineat, stricte interpretandum sit, occurrit in Responso JCtor. Helmstadiensum de mense Martio anni cIↃ IↃ CCXVII. Obtinuerat quis privilegium, ut solus in prædiis quibusdam nobilibus, civitatibus & monasteriis equos & porcos castraret, ceterosque omnes ab exercitio hujus artis ibidem excluderet. Cupiebat vero is hoc privilegium proferre ad pagos nobilibus istis, civitatibus & monasteriis subjectos. Quod tamen fieri posse, negarunt JCti: **Kläger muß sein** Privilegium **nicht weiter, als die Worte und der Sinn des** Potentissimi concedentis **gegangen, erstrecken, sondern vielmehr bedencken, daß alle derglei-**

 chen

chen privilegia; welche das Exercitium eines gewissen Rechtes mit Ausschliessung anderer Leute einem allein ertheilen, und also speciem monopolii involviren, strictissime zu erklären seynd. Nun finden sich zwar in des Klägers privilegio unterschiedene adeliche Häuser benennet. Alldieweil aber derer den Besitzern solcher Häuser gehörigen andern Dörfer keine Meldung geschiehet, auch dergleichen Dörfer nicht eben beständig bey einem Hause seynd, sondern durch Theilung, Kauf- und Tausch veräußert, und an andere Häuser gebracht werden; So seynd wir in diesem Stück dem Beklagten beygefallen. Mit den Clöstern und Städten hat es gleiche Bewandtniß; als mit den adelichen Häusern, daß nemlich unter dem Namen derselben nicht so fort, sonderlich in einer materia quodammodo odiosa, die ihnen zustehende eigenthümliche Dörfer verstanden werden. Folglich hat auch dieserhalben vor Beklagten gesprochen werden müssen.

X.

Privilegium a principe hereditario, qui postea regimen adeptus est, concessum & ipsum & successores ipsius obligat.

Solum principem privilegia tribuere posse, affirmant omnes. Principem vero eum saltem intelligi, qui superioritate rerritorii gaudeat, ipsi *supra in specimine IV. Meditat. III.* fassi sumus. Nihilominus putamus, heredem quoque regni vel principatus posse privilegia concedere, quæ, etsi tamdiu, quamdiu privatus est, vim suam non exserant, tunc tamen cum regimen adipiscitur, valere ipsumque non solum concedentem, sed & successores ejus obligare incipiant. Etsi enim heres iste filiusfamilias sit, tamen & filiusfamilias, si hoc patri non noceat, promittere potest, & ut promissioni huic, simulac eam potestatem nanciscitur, satisfaciat, obligatur. Vide *Grotium de Jure belli & pacis lib. 2. c. 5. §. 3.* Subest enim hic aliqua velut exspectativæ concessio,

sio, quam jura naturæ & publicum permittunt. Sic responderunt JCti Helmstadienses mense Februar. anni clɔ Iɔ ccxv: Haben Churfürstl. Durchl. glorwürdigsten Andenkens zu der Zeit, da sie noch Chur-Prinz gewesen, das Guth H. gegen Bezahlung 1600. Rthlr. von allen Landesbeschwerden befreyet. Nachdem aber dieselbe verstorben, weigern sich jetzige Churfürstl. Durchl. das von Dero Herrn Vater ertheilte privilegium zu erneuern, und wollen von besagtem Guthe nicht allein in Zukunft, sondern auch von verwichenen Zeiten die Gefälle bezahlet haben. Entstehet also die Frage, ob angeführtes privilegium annoch bestehe, und von jetziger Churfl. Durchl. zu erneuern sey. Wiewol nun der Concedente zu selbiger Zeit jura superioritatis territorialis nicht gehabt, sondern nur Chur-Prinz gewesen, also eigentlich keine privilegia, welche die Successores im Churfürstenthum verbinden, ertheilen können; Alldieweil aber aus dem Inhalt des privilegii deutlich erscheinet, daß der damalige Chur-Prinz solches privilegium nicht allein auf die Zeit, da er Chur-Prinz seyn würde, sondern in perpetuum ertheilen, also seine Nachfolger in der Landes-Regierung gleichfalls verbinden wollen, gestalt er denn nicht allein seine Nachkommen ausdrücklich nennet, sondern auch nachgehends, da das Churfürstenthum auf ihn gekommen, besagtes privilegium dadurch, daß er den Impetrant bey dem Genuß der gegebenen Freyheit gelassen, stillschweigend erneuret, folglich jetzige Churfl. Durchl. als Erbe und Successor darüber zu halten sich nicht wohl entbrechen mögen, da zumal in vielerwehntem privilegio nicht so wohl ein schlechtes beneficium, als vielmehr ein Contractus onerosus, der sich allemal auf die Erben erstrecket, enthalten ist, wie denn der Concedent das Guth bey solcher Freyheit zu vertreten, zu gewehren und zu schützen verspricht; So halten wir dafür, daß die dem Guth H. ertheilte Freyheit annoch bestehe, und von jetziger Churfürstl. Durchl. zu erneuren sey.

XI. In

XI.

Inter duo privilegia sibi contraria antiquius præfertur.

Equidem, si inter duas leges pugna est, posterior vincit priorem. At aliter res se habet in privilegiis. Quia enim hæc non debent vergere in perniciem & damnum aliorum L. 7. *C. de Precibus Imp. off. L. 4. C. de Emancip. lib. L. 43. de Vulg. & pup. substit.* atque, ut *Trentacinq.* 1. *Resol. tit. de Rescript. & privileg. c. 7. n.* 7. ait, clausula, salvo jure tertii, unicuique privilegio tacite inesse censetur, consequitur, privilegium posterius sic explicandum esse, ut salvum per omnia sit prius, atque, si ambo simul consistere nequeant, recentius cedat antiquiori. Atque sic responderunt JCti Helmstadienses mense Martio anni clo lo ccxvii: **Nachdem das von Klägern erhaltene privilegium älter, als des Beklagten seines ist, so muß sonder Zweifel dieses letztere dem ersten in den Stücken, worinnen beyde zusammen collidiren, weichen, indem Königl. Majest. Meynung nicht gewesen, das was sie einem bereits gegeben, einem andern zuzuwenden.**

XII.

Princeps, qui ex gratia sæpius quid indulsit, propterea non obligatur, ut in simili casu hoc iterum indulgeat.

Lex est in municipio S, ne quis senator duo munera eodem tempore gerat. At senatus, neglecta illa, cum prætor in annum 1708. faciendus esset, Syndico suo hoc munus contulerat, &, ut a principe confirmaretur, impetrarat. Deinde anno 1710. eundem iterum eligit, iterumque principis confirmationem obtinet. Quo successu audentior factus adhuc anno 1712. eundem prætorem renun-

ciat

ciat eandemque principis facilitatem experitur. Tandem anno 1714. ter jam feliciter tentatam electionem quarta vice renovat, principisque veniam expetit, sed repulsam patitur. Tum vero & senatus & electus ille de iniuria sibi facta queri, possessionem aliquam obtendere & confirmationem quasi jure suo exigere. Interrogati igitur JCti Helmstadienses mense Decembri anni CIↃ IↃ CCXIX. & Februario anni CIↃ IↃ CCXV. fuerunt, haberetne senatus & electus ab eo praetor jus confirmationem invito domino extorquendi. Negatum hoc fuit. Namque benignitas sua nemini nocere, nec jus aliquod contra eum facere, nec ad consequentia trahi debet *L. 141. pr. de Reg. juris.* Et dispensationes principis contra leges factae, ceteraeque constitutiones, quibus alicui sine exemplo subvenit, ad similes casus extendendae non sunt *§. 6. I. de Jure nat. gent. & civ. L. 14. de Legibus.* Et id, quod ex gratia fit, jus nullum tribuit *L. 41. de Adq. vel am. possess.* Quare & JCti communiter, principem, concesso privilegio juri suo non renunciare, perhibent. Vide *Ziegklerum de Juribus majestatis lib. 1. cap. 12. §. 8.* Sic itaque responsum fuit: Wird zu wissen verlanget, ob der Syndicus H. nicht ein Recht und Possession, vermöge deren Fürstl. Durchl. ihm die Confirmation zu ertheilen schuldig sey, erlanget. Ob nun wohl derselbe bereits zu dreyen unterschiedenen malen, als anno 1708. 1710. und 1712. da er gleichfals zum Richter erwehlet gewesen, die Confirmation von Fürstl. Durchl. erhalten, diesemnach ein Recht und Possession überkommen zu haben scheinet, kraft dessen ihn Fürstl. Durchl. auch anjetzo, da eben die vorigen Ursachen vorhanden, wiederum zu bestätigen schuldig sey; Weilen aber die Confirmation der vormals geschehenen Wahlen aus blosser Gütigkeit erfolget, demnach dem Syndico weder einiges Recht geben, noch den Landes-Fürsten zu abermaliger Confirmation verbinden kan, immassen auch niemand durch dergleichen actus, so aus blosser Gütigkeit verstat-

tet werden, einige Possess erlangen kan, welches alles allhier um so viel destoweniger Zweifel hat, da Fürstl. Durchl. in der anno 1708. gegebenen Confirmation ihr ausdrücklich das Recht, eine Aenderung zu treffen, vorbehalten, und anno 1710. daß sie es vor dieses mal bey der Wahl bewenden lassen wolle, rescribiret; So hat der Syndicus durch die zu 3 malen erlangte Confirmation kein Recht und Possession überkommen, sondern es seynd Fürstl. Durchl. ihm die Confirmation zu versagen befugt.

COROLLARIA.

1 Privilegium in dubio præsumitur onerosum.
2 Immunitas ab oneribus non solum ex privilegio, sed & ex consensu reliquorum civium acquiritur.
3 Ad nundinas hebdomadales instituendas privilegio opus non est.

SPECIMEN XI. MEDITATIONUM AD PANDECTAS AD LIB. I. TIT. IV. DE INTERITU PRIVILEGIORUM

PUBLICE DEFENSUM A JOHANNE HENRICO DE USLAR, GOSLAR. SAXONE. D. XXX. SEPT. ANNI CIↃIↃCCXIII.

I.

Vox Nachkommen in privilegio posita non quoslibet successores, sed liberos tantum significat, adeoque privilegium, his deficientibus, exspirat.

Solent

Solent privilegia personalia interdum quoque auf die Nachkommen privilegiati extendi. Ubi controversia oritur, quinam per die Nachkommen intelligantur, an liberi tantum, seu descendentes, an vero heredes quilibet & singulares quoque successores. Fac enim, Principem civi vor ihn und seine Nachkommen privilegium indulsisse, sed in certis tantum ædibus exercendum. Fac porro, has ædes tertio vendi. Poteritne hic tertius privilegium exercere? Ita quidem putabat ille, duplicemque pro se afferebat rationem. Primum aiebat, vocem Nachkommen latine *successores* reddendam esse, successores vero dici eos omnes, qui vel hereditario, vel singulari jure rem accipiunt L. 7. & 8. *de Jurejurando L.* 1. §. 3. *Quod legatorum.* Deinde ex c. 16. *de Regulis jur. in sexto* urgebat, beneficia principis sic interpretanda esse, ut perpetua sint, atque adeo ad quemlibet rei possessorem transeant. Nihilominus tamen contra emtorem istum judicatum fuit, exercitium scilicet privilegii ad ipsum non pertinere. Nam quod ad vocem Nachkommen attinet, male illa *successores* vertitur, cum successores potius Nachfolger dicantur. Sed per Nachkommen intelliguntur *posteri.* At posterorum appellatione liberos tantummodo contineri, nequaquam incertum est, ut Modestinus in L. 83. §. 1. *de Legatis* 3. inquit. Itaque interpretationi benigniori hic locus non est, cum princeps, qui privilegium concessit, mentem suam satis clare expresserit. Accedit, quod, si interpretatio hic locum reperiret, ea magis facienda esset contra emtorem, cum privilegium istud in reliquorum civium detrimentum vergat adeoque strictissime explicandum sit per notissimam L. 2. §. 10. & 16. *Ne quid in loco publico.* Adjiciemus verba responsi a JCtis Vitembergensibus super hac quæstione mense Octobri anni CIↃ IↃ CCXI. redditi. Habent

K. H. H. und sein Eheweib von Curfürst Joan George dem andern, glorwürdigsten Andenckens, die Begnadigung, daß sie nebst ihren beyderseits Nachkommen sich des Brauens, Schenckens und Aufschüttens auf ihrem in L. liegenden Hause gebrauchen möchten, erhalten, nachgehends solchen Brau-Hof an ihre Tochter A. E. D. diese aber hinwiederum an W. G. l. mit allen Gerechtigkeiten und Freyheiten überlassen. Worauf derselbe die Brau-Nahrung in die 12 Jahr geruhig fortgesetzet, bis an. 1707. die Gemeinde, Vorsteher und Aeltesten zu L. dieserhalben wider ihn Klage erhoben, auch ein Urthel, daß er sich des Brauens, Schenckens und Aufschüttens, auch anderer denen vorigen Besitzern seines Hauses durch das anno. 1699. ertheilte privilegium gestatteten bürgerlichen Nahrung zu enthalten schuldig, erhalten. Dawider W. C. l. Leuterung eingewendet, und nunmehr, ob er eine correctoriam zu hoffen, des Rechtens belehret seyn will. Ob nun wohl die angeführte Begnadigung nicht auf K. H. H. und seines Eheweibes Person restringiret, sondern zugleich auf ihre Nachkommen erstrecket worden, also mehr ein privilegium reale als personale zu seyn scheinet, und solches um so viel desto mehr, da die Ursach beygefüget wird, weil das privilegirte Hauß denen ordinair und extraordinairen Anlagen unterworfen, also dasselbe hingegen nach Möglichkeit zu nutzen nicht unbillig, im übrigen des H. Tochter viel besagtes Hauß mit allen Gerechtigkeiten und einem Brau-Hofe sonst zustehenden Freyheiten an W. G. l. verkaufet; Dennoch aber und dieweil unter dem Worte Nachkommen, welches in dem Churfürstl. Privilegio enthalten ist, nicht jedwede successores, sondern lediglich die Descendenten verstanden werden, diesemnach erwehnte Begnadigung, welche ohne des nach Art aller einem tertio zum praeiudiz gereichenden Privilegien strictissime zu erklären ist, unmöglich auf einen fremden und von H. oder seinem Weibe nicht herstammenden Besitzer des Hauses erstrecket werden mag, hiernächst die dem privilegio eingerückte causa movens, nem-

lich

lich die auf dem Hause haftenden Anlagen theils ziemlich general und fast alle Güther zu appliciren, theils das privilegium selbst oder des Concedenten deutlich bezeigten Willen nicht weiter extendiren kan, endlich die H. Tochter dem I. ein mehreres, als dessen sie vermöge des privilegii befugt gewesen, bey dem Kaufe nicht überlassen mögen; So hat W. C. I. sich keiner correctoriæ auf seine eingewandte Leuterung zu getrösten.

II.

Privilegium personale ad certum prædium restrictum alienatione istius prædii non prorsus exstinguitur, sed quiescit.

Sæpe privilegia personalia, eodem modo ut servitutes personales L. 4. *de Servit. præd. rust.* L. 6. *de Servitute legata*, ad certum aliquod prædium restringuntur, cuiusmodi exemplum in *præcedente Meditatione* attulimus. Nova vero hic lis oritur, an per alienationem eius prædii in extraneos privilegium plane exstinguatur, adeo, ut, etsi ad priorem, qui illud impetravit, redeat, tamen non reviviscat. Ventilata fuit hæc quæstio in eodem, quem ante recensuimus, casu. Cum enim emtor ædium privilegiatarum cerneret, sibi usum privilegii non permissum iri, revendidit illas venditori suo, uni ex liberis eius, qui pro se & posteris obtinuerat privilegium. Is itaque cum ius suum iterum exercere vellet, contradixerunt ceteri cives, & obiecerunt inprimis c. 6. *X. de Privilegiis*, in quo Pontifex ei, qui semel renunciavit iuri & privilegio suo, deinde ad illud reditum patere, negat. Sed, etsi hæc ita sint, tamen verius est, privilegium per alienationem istam non prorsus interiisse. Privilegium enim personæ aut familiæ concessum, non nisi exstincta persona aut familia, exstingui, certi iuris est. Neque renunciatio aliqua hic intervenit. Nunquam certe in dubio, quem iuri suo renunciasse, præsumendum est,

c. 2. *X. de renunciatione*, nisi talis sit actus, ex quo animus renunciandi manifesto apparet. At eiusmodi actus non fuit translatio ædium in tertium. Quin potius venditores mentem suam de conservando privilegio satis declararunt, dum voluerunt, ut illud ab emtore porro exerceretur. Quare sic responderunt ICti: Wird ferner zu wissen verlanget, ob P. R. H. welcher von K. H. H. und seinem Weibe herstammet, im Fall W. C. I. ihm obbesagtes zu *L.* liegendes Haus wieder verkaufen solte, sich der Brau-Nahrung von neuen anmassen könne; Wenn es nun gleich scheinet, als ob die H. Nachkommen durch die einmahl an einen Fremden geschehene Veräuserung dem ihnen zustehenden Rechte und privilegio tacite renunciiret hätten, also sich dessen von neuen anzumassen nicht befugt wären: Dieweil aber dennoch Renunciationes in dubio niemahlen zu präsumiren seyn, diesem nach die H. Nachkommen dadurch, daß sie ihr Haus an I. verkaufet, sich des ihnen daran zustehenden privilegii keinesweges gäntzlich begeben, noch solches aufgehoben; So ist P. R. H. im Fall ihm W. C. I. das Haus verkaufen solte, sich der Brau-Nahrung wieder zu bedienen wohl berechtiget.

III.

Privilegia, ad beneplacitum indulta, morte concedentis non exspirant, nisi a successore expresse revocentur.

Obtinuerat eques quidam Saxonicus a Joanne Georgio III. Electore beneficium, mandato comprehensum, quo fisci administratores illi quotannis, bis auf weitere Verordnung, pensionem exsolvere jubebantur. Mortuo Electore hi, qui ærario præfecti erant, pensionem promissam solvere continuaverant. Tandem vero, recte inspecto privilegio, non solum in posterum quidquam solvere recusabant, sed præteritorum quoque annorum pensiones tanquam indebi-

tas

tas repetebant. Scilicet aiebant, beneficium hoc bis auf weitere Verordnung concessum precarium sive, ut jus canonicum loquitur, ad beneplacitum est. Itaque morte concedentis sine ulla revocatione successoris exspirat L. 4. *Locati c. 5. de Rescriptis in sexto.* Non parum hæc turbaverant equitem, qui proinde ad JCtos confugiebat, ab iisque consilium, quo se adversus præfectos fisci tueretur, expetebat. Res difficilis videbatur. Nam & citatæ leges vehementer obstabant, & Doctores plurimi opinionem illam, quod privilegium ad beneplacitum indultum morte indulgentis exspiret, defendebant, inter quos est *Lynckerus de Beneplacito Sect. 2. c. 4. n. 2.* Sed pervicit tamen contraria sententia, privilegium videlicet huiusmodi ad beneplacitum concessum non interire, nisi a successore revocetur, sed tacita huius voluntate continuari. Ita enim Ulpianus in L. 8. §. 1. *de Precario: Quod a Titio,* inquit, *precario quis rogavit, id etiam ab herede ejus precario habere videtur. Ergo & a ceteris successoribus habere quis precario videtur. Idem & Labeo probat & adjicit, etiam si ignoret quis heredem. Tamen videamus, quale sit, si a me precario rogaveris, & ego eam rem alienavero, an precarium duret, re ad alium translata? Et magis est, ut, si ille non revocet, possis interdicere, quasi ab illo precario habeas, non quasi a me.* Idem sentit Celsus in L. 12. §. 1. *de Precario.* Nec obstat nobis ratio, quam communiter afferunt, quod is, qui moritur, velle desinat. Etsi enim omnino defunctus velle dici non possit, attamen nec nolle dici potest, cum sit medium aliquod inter velle & nolle. Igitur necesse est, ut heres, qui personam defuncti repræsentat, utrum velit an nolit, expresse declaret. Sed quid respondebimus ad eas, quæ supra nobis obiectæ fuerunt, leges? Equidem *legem 4. Locati* facilius removebimus, si eam ex L. 8. §. 1. *& l. 12. §. de Precario* sic explicemus, ut dicamus, concessionem ad benepla-

citum

citum tolli quidem morte, sed necessarium esse, ut accedat declaratio heredis, qua deficiente beneficium tacite continuatur. Verum c. 5. *de Rescriptis in* 6. plus difficultatis habet, in quo solvendo multi jam laborarunt. *Baro Enenckelius de Privileg. lib.* 3. *c.* 2. *n.* 93. capitulum istud de privilegio non vero, justo & perfecto accipit, sed de quacunque alia levi ac incerta gratia privata, non publica, quasi Pontifex concessionem istam restringere velit tanquam ambitiosam, ut forte sub- & obreptitie impetratam. Sed hanc Enenckelii responsionem facile refellit *Linckerus de beneplacito Sect.* 2. *cap.* 4. §. 3. Aliter *Schilterus Ex. ad π.* 1. §. 31. rem explicat, dum capitulum istud ad Pontificum Romanorum regulas, quae cancellariae vocantur & morte constituentium semper exspirant, restringit. Sed omnium optima est *Bergeri in Oeconomia juris l.* 1. *tit.* 1. §. 25. conciliatio, ex ipsis capituli verbis desumta. Scilicet tunc, cum Princeps vi auctoritatis & potestatis publicae, quae non moritur, alicui beneficium, adiecta illiusmodi formula, tribuit, illud morte eius non exspirat. At, si appareat, eum ad suam tantum personam respexisse atque adeo privatam quasi liberalitatem exercuisse, tum beneficium istud ad successorem in imperio plane non pertinet, sed morte concedentis, etsi revocatio non accessit, tollitur. Sed hoc ultimum non praesumendum est facile, nisi manifesto ex verbis privilegii appareat. Ceterum non desunt JCti magni nominis, qui nobiscum sentiunt, &, privilegium ad beneplacitum concessum ad heredes quoque transire, affirmant. Praeter memoratos enim *Enenckelium*, *Schilterum*, *Bergerum* sunt quoque ex parte nostra *Gailius lib.* 2. *Obs.* 6. *n.* 16. ubi de usu Camerae Imperii testatur, nec non *Ramelinus ad Auream Bullam P.* 2. *diss.* 4. §. 14. aliique plurimi.

IV. *Cef-*

IV.

Cessat privilegium in eo, qui ipse contra illud peccavit.

Præcipuum nundinarum solemnium ab Imperatore concessarum, quas vulgo die Messen appellant, privilegium est, quod personæ ad illas commigrantes & merces non solum non ea in urbe, in qua nundinæ habentur, sed nec in ulla Imperii provincia, per quam iter faciunt, detineri queant, *Klockio de Contributionibus cap.* 3. *n.* 82. teste. Peccaverat contra istud nundinarum jus mercator aliquis, cujus *Zipffel* von Wechsel-Briefen *p.* 574. mentionem facit, atque merces, a debitoribus suis ad nundinas Lipsienses missas, Erfurti detineri curaverat. At illi, ut arrestum rebus suis impositum solveretur, a magistratu Erfurtensi facile obtinuerant, deinde vero, cum mercator, qui detinuerat res, Lipsiam ipse ad nundinas veniret, petebant, ut in carcerem conjiceretur atque infracti privilegii rationes redderet & pœnam sustineret. Tum ille privilegium nundinarum obtendere, quod durantibus nundinis quenquam sive ob debitum sive ob delictum custodiæ mancipare vetat. At nihil illi hæc excusatio profuit, sed carcere inclusus ad intentatam accusationem respondere coactus, nec prius dimissus est, quam mulctam graviorem solveret, sumtusque omnes in judicium factos restitueret. Rectissime profecto, siquidem æquitati convenit, ut regula, quæ in *L.* 37. §. 1. *de Minoribus* proponitur: *Non sit excusatio adversus præcepta legum ei, qui, dum leges invocat, contra eas committit*, etiam ad privilegia trahatur.

V.

Privilegia per legem contrariam generalem supervenientem non tolluntur.

Paucis ſententiam noſtram de quæſtione an privilegium per legem contrariam ſupervenientem tollatur, proponemus. Multum videlicet intereſt, quibus verbis lex ſit concepta. Si generaliter, etſi omnium civium forte mentionem faciat, non tamen cenſetur privilegium privato cuidam ſpecialiter conceſſum adimere. Neque enim Princeps, dum legem generalem condit, de omnibus ſpecialibus juribus & privilegiis cogitat. Igitur illis per conſtitutionem a ſe noviter editam, niſi expreſſe hoc in illa caveatur, non intelligitur in aliquo derogare. Vide *cap.* 1. *de Conſtitutionibus in* 6. Accedit, quod princeps temere voluntatem mutaſſe credendus non ſit, & quod deceat indulta ab illo beneficia manſura ſive perpetua eſſe *c.* 16. *de Regulis juris in* 6. Sic in *L.* 3. *C. de Silentiariis* omnia decurionum & ſilentiariorum privilegia firmantur, non præjudicatura quacunque generalitate pragmatica. Et in *Conſtitutione de Juſtinianeo Codice confirmando* §. 4. eæ ſanctiones, quæ in Codicem receptæ non ſunt, ſiquidem privilegium ſpeciali beneficio indulgeant, omni modo ratæ manere; ſi autem caput juris contineant, tunc ſaltem, cum nulli Codicis conſtitutioni adverſantur, valere jubentur. Quodſi vero ejusmodi ſint novæ legis verba, ut de legislatoris mente privilegia antiqua abrogare volentis ſatis ex illis conſtet, dubium non eſt, quin privilegium hujusmodi per legem ſit ſublatum. Exemplo rem optime illuſtrabimus. Obtinuit quis privilegium immunitatis ab oneribus civilibus. Hoc retinet utique, etſi Princeps generalem conſtitutionem edat, qua omnibus ſibi ſubjectis onera imponit. At, ſi formulam legi inſerat, *nullo obſtante privilegio*, aut, qualis in *L.* 1. *C. de immunitate nemini concedenda* reperitur, *abolita ſpecialium immunitatum gratia*, tum privilegium ſine dubio ſublatum dicendum eſt.

COROL-

COROLLARIA.

1. Inter duo privilegia contraria antiquius prævalet.
2. Communis opinio, quod privilegia omnia non usu decennii intereant, in jure fundata non est.

SPECIMEN XII.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. I. TIT. IV.

DE

RESCRIPTIS MORATORIIS

PUBLICE DEFENSVM

A

LEVINO JVLIO DE VSLAR, Gosl. Sax.

D. VII. OCTOBR. ANNI CIↃ IↃ CCXIII.

I.

Debitor, qui in chirographo renunciavit exceptioni rescripti moratorii, eu deinde uti nequit.



Sunt JCti, qui renunciationem rescriptis moratoriis factam non valere contendunt, ex quorum numero *Hilliger ad Donellum lib.* 22. *cap.* 9. *lit. M.* esse videtur. Ajunt scilicet, hujusmodi renunciationem bonis moribus, misericordiæ nempe, caritati & humanitati adversam esse, cum rescriptorum moratoriorum jura in æquitate maxime fundata sint, cui quippe convenit, ut illi, qui sine culpa sua bonis lapsus est, induciæ indulgeantur, quibus respirare seque & bona sua ab interitu vindicare possit. Addunt deinde, neminem juri sibi

 adhuc

adhuc incognito renunciare posse *L.* 19. *de Inoff. testam.* Deinde, potestatem Principis per pacta privatorum imminui non posse, dicunt. Istæ tamen rationes JCtos Helmstadienses movere non potuerunt, ut non mense Majo anni cIↄ Iↄ ccxIII. in causa des von Droste zum Hülßhof contra Bürgermeister und Rath der Stadt Ahlen, renunciationem hujusmodi validam judicarent: es ist nicht zu zweifeln, daß denen Rescriptis moratoriis renunciiret werden könne. Jure quidem Romano res dubium habere non videtur, si modo *L.* 29. *C. de. Pactis* inspicias, in qua omnes renunciationes jurium & privilegiorum, dummodo non contra leges, neque dolo fiant, observari jubentur. Neque est, quod objicias, rescriptorum moratoriorum peculiarem esse æquitatem. Omnia enim jura & privilegia in ratione & æquitate fundamentum habere debent, quibus tamen si renuncietur, contra bonos mores non peccatur. Exemplum est in SCto Vellejano, beneficiis fidejussoriis, foro privilegiato aliisque innumeris. Quod autem porro dicitur, juri incognito renunciari non posse, huc plane non pertinet. Nam jus illud, cujus quis mentionem expressam fecit, incognitum dici nequit. Juri vero, quod nondum existit, futurum tamen est, renunciari posse, vel centum exemplis ostendere facile foret. Denique principis auctoritatem non infringimus. Saltem Principem illi, qui per ejusmodi renunciationem jus sibi adquisivit, id auferre voluisse, non existamus, arg. *L.* 4. *C. de Emancipationibus.* Quodsi tamen princeps in rescripto renunciationem expresse commemoret, atque sic voluntatem suam de illa infirmanda satis clare ostendat, tunc *Fabro in Codice lib.* 1. *tit.* 9. *def.* 20. facile concedimus, rescripto moratorio, non obstante renunciatione, locum esse.

II. *Qui*

II.

Qui omnibus privilegiis, indultis & rescriptis renunciat, rescriptis etiam moratoriis renunciasse censetur.

In ea, quam modo memoravi, causa debitor nullam quidem rescripti moratorii mentionem expresse fecerat, sed tamen omnibus privilegiis, indultis & rescriptis renunciaverat. Istiusmodi autem renunciationem generalem non sufficere existimabat, ut propterea beneficio rescripti moratorii excluderetur. At secus visum est JCtis Helmstadiensibus, qui, neglecta exceptione rescripti moratorii, reum condemnarunt, subjecta ratione: Weil Beklagte in dem aufgerichteten Kaufe allen privilegiis, indultis und rescriptis, durch welche beyde letztere Worte nichts anders, als moratoria, verstanden werden können, renunciret. Et recte profecto. Etsi enim non negemus, formulam istam vulgarem, qua omnibus exceptionibus, cujuscunque naturæ aut nominis sint, renunciatur, exceptionem moratoriam non excludere, quoniam renunciationes strictissime explicari & ad ea, de quibus renuncians verosimiliter non cogitavit, extendi non debent; arg. *L.* 19. *de Inoff. testam.* attamen, cum manifeste apparet, paciscentes de rescripto moratorio cogitasse, renunciatio etiam verbis paulo generalioribus concepta sufficiet. At in hoc, quem memoravi, casu quid aliud per indulta & rescripta intelligere potuerint paciscentes, quam literas moratorias, vix videmus. Inspice modo *L.* 2. & 4. *C. de Precibus Imperatori offerendis.* Igitur, quin de illis cogitaverint, & renunciationem suam ad eas extendere voluerint, dubium non est.

III.

Rescriptum moratorium contra rem judicatam, si Princeps ejus mentionem in rescripto non fecit, locum non invenit.

 Omnes

Omnes fere, quos inspeximus, JCti simpliciter, rescripto moratorio adversus rem judicatam locum non esse, affirmant. Sed communem hanc opinionem impugnat *Bergerus in diss. de his, quæ circa præscriptionem moratoriam falso traduntur* §. 14. propterea, quod multæ sæpe & justæ causæ Principem permovere queant, ne his, qui per rem judicatam condemnati sunt, auxilium suum deneget. Quam sententiam nos quoque admittimus tunc, cum Princeps expresse rescripto suo inseruit, debitorem intra statum tempus nec ex re judicata conveniri debere. At cum nihil horum dixit, sed inducias generalibus verbis concessit, tum dispositioni legum se conformasse nec illis, quibus ex re judicata jus quæsitum est, id auferre voluisse censetur ob *L.* 3. *C. Sententiam rescindi non posse*. Sed, ut diximus, hæc *Fabri in Codice lib.* 1. *tit.* 9. *def.* 4. aliorumque opinio limitanda est ex doctrina *Bergeri*, nisi princeps in rescripto suo rei judicatæ fecerit mentionem. Cum enim restitutio in integrum aliquando ex justis causis & æquitate a judice contra rem judicatam indulgeatur *L.* 1. *sqq. C. Si adversus rem judicatam*, cur non magis id Principi licere dicamus. Ceterum JCti quoque Helmstadienses, tunc, cum Princeps de re judicata nihil dixit, exceptionem rescripti moratorii actioni ex re judicata institutæ objici non posse, responderunt in ea, quam bis jam memoravimus, causa: Es ist anno 1670. ein rechtskräftiges Urthel, daß Beklagte die Gelder bezahlen sollten und an. 1672. ein Decretum executivum, auch dergleichen nochmals an. 1686. erfolget. Worauf die Beklagte anno 1694. ein Moratorium; daß sie biß zu ihrem und der Stadt bessern Auffkommen über Reichung eines lauffenden Jahres Interesse nicht beschweret werden sollten, erhalten. Da hat endlich Kläger seine Klage an. 1703. erhoben. Beklagte schützen darwider fürnehmlich ihr erlangtes Moratorium vor. Alldieweil aber kein Moratorium wider eine rem judicatam, dergleichen allhier

allhier bereits vorhanden gewesen, statt findet; So haben wir Beklagte zur Restitution der Kauf-Summe sammt dem Interesse condemnirt, jedoch die Unkosten seynd wir in Ansehung, daß sie gleichwohl aus besagtem Moratorio eine probabilem litigandi causam gehabt, übergangen.

IV.

Judex inferior inducias debitori obærato ex justa causa indulgere potest.

Ita jam ante nos sentit *Cucchus de Morator. præscript. n.* 36. Cujus sententiam, quoniam aliqui impugnant, nos in præsens defendendam suscipiemus. Præcipua scilicet officii judicis pars est, jus strictum æquitate temperare, &, quoties justa ipsi causa videtur, miseris succurrere. Poterit itaque obærato etiam debitori, si appareat, eum sine dolo aut negligentia in eum statum devenisse, ut si confestim ad solutionem adigatur, miserrimus futurus sit, subvenire, & creditorem compellere, ut is exactionem debiti per aliquod tempus differat, vel etiam solutionem particulatim definitis temporibus accipiat. Ipsæ leges nostræ hanc facultatem judici tribuunt, ut ex *L.* 45. §. 10. *de Jure fisci L.* 33. *de Usuris L.* 21. *de Judiciis* & inprimis ex *L.* 21. *de Rebus creditis* patet. Vide quoque *Recessum Imperii de anno* 1654. §. 172. Extant & in nonnullis provinciis claræ constitutiones, quibus hæc potestas judici datur. Sic in *Ordinatione Politica Ducatus Magdeburgici c.* 49. §. 11. disponitur: Ob gleich zu Annehmung der particular-solution regulariter wider Willen niemand anzunöthigen, so soll doch der Richter, befundenen Umständen nach, und, da er des Schuldners Untergang vor Augen siehet, wenn er in einer Summa bezahlen sollte, den Gläubiger durch bewegliches Zureden zur Annehmung der particular-Zahlung anweisen. Circa quorum verborum interpretationem vehementer aliquando disceptatum fuisse recordamur, utrum iis judici permittatur, monere saltem creditorem, an vero invito

etiam

etiam necessitatem imponere differendi exactionem. Prius creditor affirmabat, verbaque illa bewegliches Zureden maximopere urgebat. At JCti Helmstadiensis Mense Julio anni cIↃ Iↄ ccxiii. posteriorem sententiam amplexi sunt, non solum propter verba anzundthigen & anweisen, ex quibus de mente legislatoris satis aperte constabat, sed ideo potissimum, quod & jure communi hoc judici licet, creditorem, cum æquitas poscit, ad inducias debitori indulgendas compellere. Afferemus ipsa responsi verba, quibus quippe sententia nostra mirifice stabilitur. Causa talis erat. Duo mercatores, qui satis locupletes habebantur, viduam non infimæ dignitatis, sed calamitatibus bellicis afflictam, & præterea oculis captam ad solvendum debitum adigebant. Restabat illi domus non inelegans hortusque. At, si his a creditoribus exueretur, ad extremas illam incitas deductum iri, apparebat. Judex igitur, cum creditores sponte nollent, necessitatem iis imponebat, differendi exactionem & solutionem particulatim accipiendi. Hi decretum hoc tanquam iniquum impugnabant. Sed JCti Helmstadienses id confirmarunt, subjectis rationibus: Kläger beschweren sich darüber, daß man sie zur Annehmung particular-Solution zwingen wolle, da doch die Magdeburgische Policey-Ordnung nicht von zwingen, sondern nur von beweglichem Zureden handele, auch auf die Beklagte, welche ein schönes Haus und Garten besitze, und in so gar miserablen Zustande nicht sey; zudem die schon öfters gesetzten Zahlungs-Termine niemals gehalten, nicht gezogen werden könne; Alldieweil aber bey genauerer Betrachtung der Magdeburgischen Policey-Ordnung und des darinnen befindlichen Wortes anweisen des Legislatoris Meynung gewesen zu seyn scheinet, daß die Obrigkeit den Gläubiger zu Annehmung particular-Zahlung ex officio anhalten könne, immassen solches ohne des auch denen gemeinen Kayserlichen und Reichs-Gesetzen gemäß ist; hiernächst

der

der Beklagten Zustand, denen angeführten Umständen nach, wohl nicht anders als schlecht seyn kan, auch denen Verfassern des letzten Bescheides am besten bekannt ist; dieses aber, daß sie bißher mit der Zahlung an denen gesetzten Terminen nicht inne gehalten, durch ihre Armuth und den vom Kriegs-Wesen herrührenden Ruin ziemlich entschuldiget werden mag; So haben wir den letzt ertheilten Bescheid bestätigt. Similem in modum iidem JCti ex jure communi versus Mindam mense Decembri anni. CIↃ IↃ CCXIV. responderunt: Es beschweret sich Klägerin, daß ihr particular Solutio aufgedrungen werden wolle, und führet vor sich die gemeine Rechte an, welche, daß ein Gläubiger dergleichen anzunehmen nicht schuldig sey, verordnen. Weil aber einem Richter in den Rechten verstattet wird, im Fall er es billig befindet, den Gläubiger zu Annehmung particular Zahlung anzuhalten, die Umstände auch gegenwärtiger Sache und die Beschaffenheit des Beklagten den Verfassern des letzten Bescheides am besten bekannt seyn müssen, überdies die Zahlungs-Termine nicht eben lang hinaus gesetzet worden; So haben wir dafür gehalten, daß erhebliche Ursachen, solche particular Solution anzuordnen, vorhanden gewesen, folglich den Bescheid in diesem Punct bestätiget. Restat, ut dubia, quæ contra sententiam nostram moventur, discutiamus. Vrgetur imprimis, jus dandi moratoria rescripta secundum Ordinationes Politicas Imperii de anno 1548 & 1577. tit. von verdorbenen Kaufleuten ad jura maiestatis referendum esse, atque adeo a magistratibus inferioribus usurpari non posse. Nos vero id non negamus. Sed multum interesse inter istas, quæ a judice debitoribus obæratis indulgentur, inducias, & rescripta moratoria, quæ a solo Principe tribuuntur, putamus. Triplex est, quæ inter ea intercedit, differentia. Primum rescripta moratoria generalia sunt, & debitorem contra quemcunque creditorem tuentur; at induciæ istæ illi saltem in ea causa, in

qua tributæ fuerunt, prosunt, aliis vero creditoribus non nocent *tit. C. inter alios acta vel judicata aliis non nocere.* Deinde, induciæ hæ à judice non nisi ex justa causa debitoribus solo fortunæ vitio lapsis dari queunt; at Principis in dandis rescriptis moratoriis maior potestas est, ut ea etiam ex mera gratia debitoribus culpa nonnumquam sua obæratis tribuere possit. Denique induciarum a judice concessarum breve tempus esse debet, quemadmodum JCti in L. 45. §. 10. *de Jure fisci* & L. 21. *de Judiciis* præcipiunt; sed rescripta Principis debitoribus sæpe moram aliquot annorum indulgent, neque, ut *Faber in Codice lib.* 1. *tit.* 9. *def.* 17. autumat, ad quinquennium sunt alligata.

V.

Rescripta moratoria, contra jus impetrata, judex inferior rejicere nequit.

VI.

Idem & in aliis rescriptis juri contrariis obtinet, ut, antequam ea rejiciantur, principis sententia exquirenda sit.

Nulla hodie vel paucissima tamen indulgentur rescripta moratoria, in quibus ea, quæ legibus præscribuntur, observata videas. Debebat debitor ostendere, se non luxu aut negligentia, sed improviso tantum casu facultatibus lapsum esse. *Ord. Polit. de anno* 1577. *tit.* 23. §. 4. Debebat testimonium ejus magistratus, sub quo debitor domicilium habet, de egestate illius & innocentia requiri, *Ord. Polit. cit. l.* Debebat idonea cautio à debitore creditoribus præstari L. 4. *C. de precibus Imperatori offerendis.* Requirunt præterea DD, neque sine ratione, si verba *d. Ord. Polit.* mit verschwiegener Wahrheit recte attendas, ut in literis supplicibus debita ipsa commemorentur, ut de eorum qualitate Principi constet. Sed hæc nunquam fere in rescriptis, quæ quotidie emanant, observantur. Igitur quæsitum sæpissime fuisse

recor-

recordamur, possitne judex inferior huiusmodi rescripta, contra jus elicita, auctoritate propria rejicere atque debitorem nihilominus, petentibus creditoribus, ad solvendum compellere. Sunt qui hoc affirmant, allatis ex jure Romano L. 2. 5. 6. C. *Si contra jus vel utilitatem publicam* item *Novella* 82. *c.* 1. Imprimis urgent *Ordinationem Politicam Francofurtanam de anno* 1577. *tit.* 23. §. 4. & verba quæ ibi reperiuntur: Wo aber die anderer Gestalt und mit verschwiegener Wahrheit ausbracht und erlangt werden, alsdann sollen sie krafftloß und unfürträglich seyn, und dafür gehalten werden. At rectius judex faciet, qui tale rescriptum, etsi contra jus impetratum, non tamen rejicit, sed causam ad Principem propositis omnibus, quæ movere illum poterunt, argumentis referat, atque, si is in priore voluntate persistat, rescripto obsequatur. Iam diu enim in Germania nostra hac in parte præ jure Romano jus canonicum receptum est, quod rescriptum, contra jus elicitum, non ipso jure nullum declarat, sed judici necessitatem illi, nisi relatione sua flectere Principem in contrariam partem possit, obtemperandi imponit *c.* 5. *X. de Rescriptis c.* 28. §. 3. *X. de Officio & potestate judicis delegati.* Præterea JCti, ut ex *Uffenbachio de Consilio aulico c.* 11. §. 9. animadvertimus, distinguunt inter rescripta moratoria & indulta gratiæ. Illa fatentur, nisi observatis iis, quæ memoravimus, concedi non posse; in his vero aiunt eadem necessaria non esse, cum sine omni justa causa tantum per gratiam indulgeantur. Quo jure, etsi id aliquid iniquitatis habere videatur, Principes utuntur tamen, quibus judices & JCti obsequi necesse habent. Nec in rescriptis saltem moratoriis hoc verum est, sed in omnibus aliis, quæ juri contraria videntur, ut scilicet nequeant simpliciter rejici, sed ante omnia principis sententiam exquiri oporteat. Igitur JCti Helmstadienses mense Novembri anni CIO IO CC XIV. in causa, qua princeps in con-

cursu creditorum fiscum suum creditori antiquissimo per rescriptum contra jus praeposuerat, sic responderunt: Was der Regierungs-Rath von H. wider die Accis-Reste anführet, scheinet zwar nicht ohne Grund zu seyn. Aber es stehet ihm das letztere Königl. eigenhändige Rescript im Wege, welches, ob es gleich seinem Vorgeben nach sub- & obreptitie erhalten wäre, dennoch so schlechterdinges nicht verworfen werden kan, sondern es müste die Sache zuförderst an Königl. Majestät gebracht und deren Erklärung eingeholet werden.

COROLLARIA.

1 Rescriptum moratorium cursum usurarum non sistit *arg. R. I. de anno 1654. §. 174.*

2 Literae moratoriae impediunt actionem, non compensationem.

3 Qui ob literas moratorias a suis creditoribus conveniri nequit, potest tamen convenire suos debitores.

SPECIMEN XIII. MEDITATIONUM AD PANDECTAS AD LIB. L. TIT. V.

DE FEMINIS PUBLICE DEFENSUM A JOACHIMO GEORGIO REINERDING, GUELPHERBYTANO D. XIV. OCTOBR. ANNI CIↃ IↃ CC XIII.

Plurima in jure nostro privilegia mulieribus tributa ex zelotypia originem trahunt, atque adeo apud nos usum non habent.

Privi-

rivilegia, quæ sexui sequiori in jure nostro conceduntur, plerique reverentiæ, quam Romani erga sexum istum habuerint, adscribunt. Nos vero Romanos & Constantinopolitanos minus hac in re reverentiæ, quam affectui suo, quo adhuc hodie maxime inflammantur, tribuisse putamus. Nemo scilicet ignorat, zelotypos illos & suspiciosissimos in pudicitiam feminarum suarum & olim fuisse & nunc esse. Inde igitur magna pars privilegiorum sexui molliori tributorum profecta est. Rem primum exemplo, quod in jure quidem nostro non extat, ostendemus. Moris erat, ut lictores præcipuos Romanorum magistratus in via præcederent, hominesque, qui illis forte occurrebant, submoverent, & ut *Seneca Epistola* 94. ait, semita quoque dejicerent, ne transeunti magistratui obstarent. Nemini, ne ipsi quidem patri Consulis, si is forte filio obviam fieret, parcebant lictores, sed hunc quoque submovebant, ut ex *Livio lib.* 24. *cap.* 44. & *Valerio Maximo lib.* 2. *cap.* 2. §. 4. apparet. In solas mulieres non animadvertebatur. Ita enim *Festus voce Matronæ*: *Matronæ*, inquit, *a magistratibus non submovebantur, ne pulsari contrectarive viderentur, neve gravidæ concuterentur.* Non igitur reverentia erat, quæ mulieres tutas redderet, sed zelotypia, qua attentatam uxorum suarum pudicitiam Romani credunt, si ab alio viro tantum attingatur. Sed veniamus ad jura nostra. Enorme est privilegium, quod feminis in L. 1. C. *de Officio diversorum judicum* datur, ut magistratus, qui matremfamilias in judicium protraxerit, inter maximos reos citra ullam indulgentiam capitali pœna plectatur. Hoc vero jus, quod matribusfamilias saltem competiisse videtur, Bonifacius IIX. Pontifex in L. 2. *de Judiciis in sexto* ad mulieres omnes extendit, & judicem contravenientem ipso facto sententiam excommunicationis incurrere

 jubet.

jubet. Subjicit etiam rationem, quia mulieres virorum cœtibus immisceri non conveniat. Simile est huic, quod in *Novella* 134. *cap.* 9. constituitur, ut nulla mulier de qualibet re includatur aut custodiatur, ne quidem si fisco debeat, vel contumax sit, vel crimen commiserit, sed saltem ob atrocissimum delictum in monasterium mittatur, gravi simul pœna statuta in judices & eos, qui mandatis illorum obtemperaverint, atque feminam in vincula coniecerint. Additur simul ratio, quæ zelotypiam & suspiciosum legislatoris animum satis indicat, ne per huiusmodi occasiones feminæ circa castitatem iniuria afficiantur. Ridicula porro & ex eodem fonte derivata ratio est, quæ imperatores, ut fideiussorem dotis a marito uxori dari prohiberent, impulit, ne scilicet causa perfidiæ in connubio eorum generetur, quemadmodum Justinianus in L. 2. C. *Ne fidejussores vel mandatores dotium dentur* ait. Ista singularia jura omnia ex zelotypia Italis & ad Orientem expositis gentibus familiari originem trahere, quis non animadvertit? At Germani nostri, quorum tam vaga & profusa libido non est, minus etiam diffidentiæ & suspicionis erga mulieres suas habent, neque, ut pudicitiam illarum istis privilegiis consepiant, opus esse existimant. Quamobrem jura, quæ modo recensuimus, institutis suis & candori contraria nunquam recepêrunt. Imprimis de prohibitione, ne mulier in judicium trahatur aut carceri includatur, DD. omnes testantur, eam usu non servari. Fideiussores quoque dotium in Germania admitti, JCti plurimi affirmant, atque nos ipsi, a Collegio Vitembergensium JCtorum eos mense Aprili anni CIↃ IↃ CCX. admissos fuisse, recordamur. Quod in terris, in quibus antiquum jus Saxonicum viget, minus dubii habet. Ita enim compilator *Weichbildi Magdeburgici art.* 24. Dieweil ihr ihr Ehegelt nicht geleistet wird, das ihr gelobet ward, da sie ihren Mann nahm; darf sie auch die Gewehr des Guths nicht räumen,

men, die Erben weisen sie denn ab mit Recht oder mit Güte. Hat sie aber Bürgen dafür, so darf sie die Erben nicht mahnen, weder in der Güte oder zu Recht, so soll sie die Gewehr räumen, und dem Gelübd der Bürgen folgen. Sed & extra Saxoniam in reliquis Germaniæ Provinciis fidejussores dotium locum habere arbitramur, propterea quod diffidentia illa, quia jus hoc primum invexit, apud nos exulet, & præterea jus canonicum jamdiu a jure Romano hac in parte recesserit *c. 7. X. de Donationibus inter virum & uxorem.*

II.

Plurima, quæ in jure Romano reperiuntur, mulierum privilegia obsequio Iustiniani in uxorem debentur, atque usu fori recte temperantur.

Laudamus candorem *Eichelii*, quod in *Animadversionibus ad Procopii*, Ἀνέκδοτα, licet pleraque, quæ Justiniano objiciuntur, diluere studeat, id tamen *n. CXX.* ingenue fateatur, Justinianum non tantum ex suo suorumque consiliariorum ingenio, sed etiam ex suggestione uxoris jura sua constituisse. Sed improbus etiam fuisset Eichelius, si hoc, quod Justinianus ipse non dissimulat, in dubium revocasset. Nam, ut alia testimonia silentio involvamus, unicus ille, qui in *Novella* 8. *cap.* 1. habetur, locus ita clarus est, ut quid ad eum responderi potuisset, non videamus. Ita autem ibi Justinianus: *Hæc*, inquit, *omnia apud nos cogitantes, & hic quoque participem consilii sumentes eam, quæ a Deo data est nobis, reverendissimam conjugem, ad hanc sacram venimus legem.* Sed etsi hæc non dixisset Justinianus, effectus tamen satis testatur de causa. Illa namque enormia mulierum encomia, illa

illa singularia jura & privilegia ipsis indulta non possunt non ex consilio feminæ sexus sui faventissimæ profecta esse. Animus jam non est, cuncta ista encomia & privilegia passim dispersa colligere & recensere. Sed unum alterumque exemplum afferemus. Maximum est privilegium, quod uxoribus tribuit Justinianus, ut in repetitione dotis cunctis creditoribus anterioribus præferantur. Multum hoc profecto iniquitatis habere videtur, & occasionem non exiguam præbet fraudandi creditores. Igitur non male fecisse puto JCtos, qui nimium huc aliis iniurium feminarum favorem usu fori restrinxerunt & duritiem legis emollierunt. Mens scilicet Imperatoris, si L. 12. *C. Qui pot. in pign. L.* 30. *C. de Jure dotium, Novellam* 97. *c.* 4. *& Novellam* 109. *c.* 1. accurate inspicimus, sine dubio fuit, mulieres quod ad dotem omnibus creditoribus etiam iis, qui expressam anteriorem hypothecam habent, præferre. At cum hæc iniustitia nec excusari quidem possit, JCti leges istas ex æquitate & usu fori de solis creditoribus tacitam anteriorem hypothecam habentibus interpretantur. Testatur hoc *Faber in Codice lib.* 7. *tit.* 34. *def.* 31. *Quod Justiniani*, inquiens, *constitutione contra juris rationem inductum est dotis privilegium, ut mulier creditoribus omnibus, etiam anterioribus, in dote præferatur, magistri nostri sic vulgo accipiendum putant, ut iis, tantum præferantur, qui tacitam hypothecam habent, non item iis, qui expressam. Nimirum ut iniquam legem, quam prorsus tollere & abrogare nequeunt, hoc veluti temperamento sane justissimo, verbis licet repugnantibus, leniant. Eoque jure Senatus noster utitur.* Adde *Struvium Ex. ad* *r.* 44. §. 49. *Wesembecium ad tit. D. Qui pot. in pign. n.* 3. & DD. qui de observantia Cameræ testantur apud *Martini in Analectis ad Processum tit.* 43. §. 1. *n.* 51. Pœna quoque illa, quam Justinianus in *Novella* 134. c. 10. in adulteros adulterasque constituit, ut illi capite plectantur, hæ in monasterium detrudantur,

dantur multum inæqualitatis habet. Quapropter in plerisque provinciis Germaniæ legibus latis differentia sexus sublata, &, ut par fuit, eadem pœna, quæ in adulteros, etiam in adulteras statuta est.

III.

Jura prisca Germanorum in mulieres justo sunt duriora.

Justinianum nimis interdum mulieribus favisse, modo vidimus. Contra vero majores nostri, Germani veteres, plus justo in illas duri fuerunt. Ejus rei exempla aliquot ex antiquis Saxonum juribus arcessemus. Huc referimus primum inæqualitatem illam, quæ ratione successionis hereditariæ inter mares & feminas constituta est. Scilicet iniquum est, quod pater matrem in hereditate filii, nec non agnati cognatas in successione collaterali excludant *Spec. Sax. l.* 1. *art.* 17. quod nepotes ex filia, mortua matre, avo non succedant, nepotes vero ex filio ad avitam hereditatem admittantur *Spec. Sax. lib.* 1. *art.* 5. Deinde & illud in odium mulierum vergit, quod vidua, mortuo marito, jura ejus & dignitatem, quæ inito matrimonio adepta erat, perdat, *Spec. Sax. l.* 3. *a.* 45. Tum, quando contemtui mulieres a Saxonibus priscis habitæ fuerint, inde quoque apparet, quod hi, qui feminam lædunt aut interficiunt, ei ejusve heredibus dimidium saltem illius pecuniæ, quæ in cædem masculorum statuta est, solvere jubeantur; ut adeo feminæ dimidio viliores æstimentur, quam mares *Spec. Sax. lib.* 3. *art.* 45. Porro etsi mores Germanorum hoc in favorem mulierum introduxisse videntur, quod illæ in perpetua cura esse debeant, attamen cura ista sexus plus dedecoris, incommoditatis & sumtuum, quam utilitatis, mulieribus affert. Namque 1. ignominiosum utique est mulieribus, quod adeo infirmo judicio præditæ existimantur,

tur, ut rebus suis ipsæ superesse nequeant, sed aliorum regimine indigeant, 2. infinitæ lites circa constitutionem, legitimationem, defectum curatorum oriuntur, quæ feminis non possunt non sumtuosæ esse, 3. multi a contrahendo cum mulieribus propter istas, quæ circa curatoris adbibitionem occurrunt, difficultates arcentur. Quamobrem etiam Ordines provinciarum Saxonicarum apud *Bergerum Elect. Disc. For. tit.* 8. *O.* 1. *n.* 2. in comitiis anno cIↄ Iↄ c xcix. institutis consilium, quod tamen nondum effectum habuit, inierunt de abolenda penitus cura sexus, ea maxime moti ratione, quod iis in locis, in quibus necessitas adhibendi curatorem feminis remissa est, æque feliciter atque longe commodius & brevius illarum negotia expediantur, quam in Saxonia, ubi subtilissimæ ea de re leges latæ sunt. Denique bonorum feudalium natura in odium mulierum a Francis Germanisque reliquis excogitata est, ut miseræ mulierculæ a rerum immobilium possessione excluderentur. Nam omnia fere prædia olim feudalia erant, a quibus propterea feminæ arcebantur. Quod igitur illæ hodie immobilia nonnunquam teneant, id benignitati sequentium seculorum, quæ rigorem veterum aliquantisper temperarunt, debent.

IV.

Sub appellatione sexus feminini potest interdum masculinus contineri.

Quod Julianus in *L. 62. de Legatis* 3. ait *semper* sexum masculinum etiam femininum sexum continere, hoc deinde Ulpianus in *L. 195. pr. de Verb. signif.* recte temperat, & pronunciationem sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum *plerumque* tantum porrigi dicit. Nam multos casus *Alciatus ad L. 1. de Verb. signif.* commemorat, ubi masculis vocatis mulieres non intelliguntur. Quemadmodum itaque regula a Juliano tradita limitationes suas recepit, sic neque

dubi-

dubitamus, casus existere posse, quibus contraria etiam regula cesset, quam Pomponius in *L.* 45. *pr. de Legatis* 2. & Modestinus *in L.* 81. *pr. de Legatis* 3. proponunt, quorum ille exemplo pessimum esse dicit, feminino vocabulo etiam masculos contineri, hic de eo, quod sub ancillis masculi non contineantur, neminem dubitare putat. Equidem id plerumque verum esse, non diffitemur. Quodsi tamen de alia mente legislatoris, testatoris aut contrahentium ex probabilibus conjecturis satis constet, non putamus, JCtum illum contra rectam rationem aut bonos mores peccaturum, qui subfeminini sexus appellatione aliquando masculum comprehendi respondeat. Exemplum mihi *Plinius Natur. bistor. lib.* 10. *cap.* 50. suppeditabit. Scilicet cum modus gallinas saginandi, a Deliacis primum excogitatus, Romanis quoque innotesceret, indeque pestis, ut Plinius loquitur, exoriretur, opimas aves & suopte corpore unctas devorandi; lege Fannia interdictum est, ne gallinæ alatiles in cœna ponerentur. Inventum itaque a quibusdam gulosis diverticulum est, ut non gallinas sed gallinaceos lacte madidis cibis pascerent, & cœnantibus apponerent. Quis hic dubitat, ingeniosos istos in pœnam legis Fanniæ incidisse, quæ profecto, dum de gallinis locuta est, gallinaceos tacite comprehendit. Sic si casum illum, qui in *L.* 62. *de Legatis* 3. habetur, invertas, & dicas, testatorem, qui tantum mulos habebat, mulas suas alicui legasse, mularum appellatione certe muli continebuntur. Et in communi vita, dum grex ovium nominatur, hirci quoque intelliguntur. Et in genere, quando ex liquidis conjecturis de mente legislatoris, testatoris, vel contrahentium constat, a Pomponii & Modestini regula recedendum, atque sermonem sexus feminini ad masculinum extendendum esse, arbitramur.

V.

Mulieres bonorum & dignitatum incapaces non ſunt.

Equidem in jure noſtro præter *L. 2. pr. de Regulis juris* multæ aliæ extant leges, quibus feminæ ab honoribus & dignitatibus arceri videntur. Quod communiter ad odium mulierum trahunt DD. atque in eo ipſo ſexus hujus deteriorem eſſe conditionem, quam maſculini putant. At nos jus iſtud magis in favorem, quam odium feminarum, introductum putamus. Apud Romanos enim pleraque munera & officia publica ſine omni emolumento erant, & onus ſaltem, non commodum, continebant. Ab his igitur liberas volebant eſſe mulieres ſuas, non quod judicium iis ad expedienda iſtiusmodi negotia deficere crederent, hoc enim ſatis illas præditas affirmat Paulus in *L. 12. §. 2. de Judiciis* ſed quia, ut idem Paulus in *L. 1, §. 1. Ad SC. Vellejanum* non obſcure ſignificat, ad opera, miniſterio & periculo rei familiaris eas immunes eſſe volebant. Quapropter ex mente conditorum juris noſtri non ſimpliciter ab honoribus & dignitatibus arceri debent, ſed ab illis tantum, quæ annexum onus vel adminiſtrationem habent. Ceteras dignitates omnes, quæ ſplendorem ſaltem ipſis conciliant, non incommodum afferunt, recte ſuſcipiunt & gerunt. Neque eſt, ut cum DD. quibusdam dicamus, eas tantum dignitatem a maritis ſuis conſequi, ſecundum *L. 13. de Dignitatibus.* Nam & femina, quæ maritum non habet, novam dignitatem recte acquirit. Vide *L. un. C. de Mulieribus, in quo loco munera ſexui congruentia vel honores agnoſcant.* Neque incognitum eſt, hodie ſæpe ab Imperatoribus feminas etiam non maritatas ad Principum, Comitum, Baronum & Nobilium dignitatem evehi.

COROL-

COROLLARIA.

1. Jure Romano masculi deterioris sunt conditionis, quam feminæ etsi *L. 9. de statu hominum* contradicere videatur.
2. Femina judex, procuratrix ac testis in judicio esse & magistratum gerere potest.
3. Femina pro alio intercedens obligatur.
4. Illustris nonnunquam maritus subjectus est conjugi Illustri.

SPECIMEN XIV.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. L. TIT. V.
DE
PRAEGNANTIBVS
ET
PVERPERIS
PVBLICE DEFENSVM.

A

FRIDERICO WILHELMO WOLFFHARTO

MAGDEBVRGENSI.

D. XXI. OCTOBR. ANNI CIↃ IↃ CCXIII.

I.

Quousque judex mulieri gravidæ parcere debeat, disquiritur.



Aequissimum est, quod in *L. 3. de Pœnis & l. 18. de statu hominum* præcipitur, ut mulieris gravidæ ultimum supplicium ac tortura tantisper, donec partum edat, differatur. Neque improbamus communem sententiam DD. qui hoc etiam ad fustigationem ceterasque, quæ corpus quocunque modo affligunt, pœnas, nec non ad territionem extendunt, cum

et hæc infanti in utero exiſtenti nocere queat. An vero mulier gravida ad jurandum compelli queat, diſputatum aliquando fuiſſe, recordamur. *Mevius* equidem *P. 5. Deciſione* 80. aperte ſtatuit, nullo jure hoc proviſum, nec conſuetudine ſtabilitum eſſe, ut mulieres gravidæ a jurisjurandi præſtatione, donec peperint, excuſentur. Quod utique de illis gravidis concedimus, quæ non ita diu uterum geſtarunt. At de illis aliud dicendum eſt, quæ per aliquot jam menſes prægnantes & partui viciniores ſunt. Harum rationem habere, leges quoque noſtræ jubent. Ulpianus certe ex Labeonis ſententia in *L. 2. §. 4. Si quis cautionibus* feminæ gravidæ exceptionem dandam eſſe, ait, ſi forſan juſſui judicis non obtemperet. Dabitur ergo ei hæc eadem exceptio, ſi ad jurandum vocata ſit. Etſi enim plerumque mulieres hujusmodi ex vano quodam & ſuperſtitioſo metu jurare detrectent, attamen huic quoque metui, qui in mulieribus præſertim delicatioribus partui nocere poteſt, aliquid indulgeri debet.

II.

Quousque judex feminæ, quæ prægnantem ſe dicit, & propterea ſupplicium differri petit, fidem habere debeat.

Anceps ſæpe hæret judex, neſcitque, quid ſibi faciendum ſit, cum mulier, vel ad ſupplicium vel ad torturam condemnata, gravidam ſe eſſe ait, & executionem ſententiæ, donec pariat, differri petit. Simulant hoc interdum improbiſſimæ mulieres, ſaltem, ut judicem eludant & ſeſe pœnis meritis ſubtrahant. Cujus rei inſigne exemplum Annales Gallici de anno cIↃ IↃ cxvii. exhibent in Ancræi Marechalli uxore, quæ ignis ſupplicium, ad quod damnata erat, per ſimulationem talem extrahere conata eſt. Itaque non ſtatim fides adhiberi debet mulieribus, quæ gravidas ſe

ſe dicunt & mendacio hoc pœnam ſubterfugere quærunt. At illud e contrario cavendum eſt, ne nimis incredulus judex infantem, in utereo latentem, cum matre extinguat, hujusque calamitatem partui innocenti nocere ſinat. Mediam itaque viam, quam judici ſemper obſervandam præcipimus, hic quoque tenendam eſſe putamus, ut nec credat temere, nec tamen omnino fidem non habeat, ſed remedio, quod leges præſcribunt, utatur. Adhibendæ ſcilicet ſunt ſecundum *L.* 1. §. 4. *de Inſpiciendo ventre* obſtetrices aliæque mulieres, quæ ventrum inſpiciant, judicique, utrum gravida ſit an non, renuncient. Scimus equidem, ſic quoque errare poſſe judicem atque falſa mulierum & obſtetricum iſtarum renunciatione decipi. *Ammannus* certe *in Irenico Numæ Pompilii cum Hippocrate p.* 108. feminam gravidam Pariſiis ex incauta obſtetricum & chirurgorum relatione ſuſpendio extinctam fuiſſe memorat. At judex tamen, qui leges & ſolitum judiciorum ordinem ſecutus fuit, extra culpam eſt. Nam quod alii, tanquam tutius remedium, conſulunt, ut judex tantiſper, donec ex certis & indubiis ſignis de veritate aut falſitate prætenſæ graviditatis conſtet, exſpectet pœnamque differat, longum nimis eſt, atque mulierculis viam, qua judicium eludant & executionem pœna extrahant, patefacit. Id interim non negamus, iſtud remidium tunc neceſſarium eſſe, cum ipſæ obſtetrices & mulieres adhibitæ diſſentiunt & diverſa renunciant. At cum unanimi ore gravidam eſſe negant, ſupplicium differri non debet. Illud adhuc adjicimus, ſervari debere mulierem prægnantem damnatam, etiamſi prægnans in ipſo carcere facta ſit, ut *ad L.* 3. *de Pœnis* notat *Dionyſius Godofredus*. Recte ergo fecerunt judices Andegavenſes apud *Menagium Amœnitatum Juris civilis cap.* 21. qui prægnantem mulierem ultimo ſupplicio damnatam ſervari juſſerunt, quoad peperiſſet, poſt editum vero partum iterum gravidam

vidam factam in carcere, iterum servari voluerunt, quoad secundum partum edidisset.

III.

Mulieres prægnantes & puerperæ sanæ sunt.

Sitne graviditas & puerperium morbus, inter antiquos JCtos dubitatum reperimus. Sed obtinuit sententia, utramque & prægnantem & puerperam sanam esse. De prægnante quidem Vlpianus in *L.* 2. §. 4. *Si quis cautionibus*, & *L.* 14. §. 1. *de Ædilitio edicto*, de puerpera autem item Vlpianus in *L.* 14. §. 2. *de Edilitio edicto* it asserit, adjicit tamen, *si modo nihil extrinsecus accedit, quod corpus ejus in aliquam valetudinem immittat.* Rectissime. Nam si morbus secundum *Ciceronem lib.* 4. *Tuscul. quæst.* corporis corruptio est, vel secundum Labeonem apud *Gellium Noct. Attic. lib.* 4. *c.* 2. & in *L.* 1. §. 7. *de Ædilitio edicto* habitus corporis contra naturam, qui usum ejus ad id facit deteriorem, cujus causa natura nobis corporis sanitatem dedit; apparet certe, non quamlibet imbecillitatem & defectum virium, qui secundum naturam accidit, morbum esse. Ceterum eadem quæstio, an puerperium pro adversa valetudine habendum sit, in collegio JCtorum Vitembergensium Mense Julio anni cIɔ Iɔ ccix. ventilata fuit. Rustici scilicet prædio cuidam equestri subjecti possessoribus ejus id servitium debebant, ut, si quis in prædio illo ægrotaret, excubiæ ab ipsis vel uxoribus eorum agendæ essent. Istas excubias possessor prædii in puerperis quoque poscebat. Detrectabant rustici, secundum quos etiam judicatum fuit, tum quia, ut diximus, puerperæ inter ægrotantes referri nequeunt, tum quod secundum libertatem respondendum esse, quoties dubia ejus interpretatio est, Pomponius in *L.* 20. *de Regulis juris* ait. Sed ipsa adjici-

jiciam responsi, quod JCti illi dederunt, verba: Es verlanget Kläger von seinen Unterthanen, daß selbige bey seines Sohnes Ehe-liebsten Niederkunft und währenden 6 Wochen die Wache halten sollen, und führet zu seinem Behuf einen den 5. Merz 1691. ertheilten rechtskräftigen Bescheid an, in welchem denen Unterthanen, die Wache bey Krancken auf dem Hofe zu halten, auferleget worden; Alldieweil aber in Streitigkeiten, so zwischen denen Gerichts-Herren und Unterthanen über Fron- oder Herren-Dinste entstehen, bey dunckeln und zweifelhaften Fällen der Ausschlag jederzeit in favorem der Freyheit auf Seiten der Unterthanen zu geben ist, hiernächst der angeführte Bescheid, in Ansehung, daß selbiger nur von den Wachen bey Krancken handelt, eine Sechswöchnerin aber für keine Krancke zu halten, hieher gar nicht gehörig; So haben wir Klägern mit seinem Suchen billig abgewiesen.

IV.

Mulieris parturientis de patre filii sui illegitimi assertio sola sufficiens ad inquirendum indicium non est.

Regula in jure nostro fundata, unanimi Doctorum consensu recepta & usu fori stabilita est, in stupro vel adulterio inculpationem correi aut correæ non præbere justam suspicionis causam contra alteram personam, quæ delictum inficiatur. Ab hac vero nonnulli excipiunt casum, nisi femina in ipsis partus doloribus constituta patrem aliquem infantis & stupratorem indicet, neque deinde hanc assertionem suam revocet. Tunc enim aiunt maximam esse præsumtionem, mulierem huiusmodi, dum in periculo vitæ & summis cruciatibus fuit, falsum non dixisse. At verius est, neque hoc casu quidquam adesse, quod, si alia indicia non concurrant, virum istum satis suspectum reddat, ut inquiri in eum, si factum neget, queat. Nam quod mulierem in vitæ discrimine constitutam verum dixisse præsumunt,

munt, nescio an in mulierculas istius generis leves & ob stuprum commissum jam infames adeoque secundum L. 3. *pr. de Testibus* sublectæ fidei conveniat, maxime cum jura nostra ne quidem domino morienti servum criminis insimulanti sine aliis argumentis fidem habeant, L. 3. §. 1. *de SCto Silaniano.* Misera certe est virorum integerrimorum conditio, siquidem mulierculis levissimis licet, eos nominatione sua reos facere, atque ex odio forsan vel alio animi affectu in existimationis discrimen conjicere. Rectius ergo hic quoque in regula manemus, quam ex L. 17. C. *de Accusationibus* deducunt DD. apud *Carpzovium Quæst. crim.* 108. *n.* 58. *Nuda inculpatio socii criminis absque omni alia præsumtione nec ad inquirendum indicium facit, sive sponte deposuerit, sive ad interrogationem judicis responderit.* Accedit, quod secundum *Constitutionem Caroli V. art.* 31. delinquentis confessio de socio criminis etiam in tormentis facta non aliter fidem inveniat, quam si is, quem indicavit, aliis suspicionibus & indiciis oneretur, daß die besagte Person also argwöhnlich sey, daß man sich der besagten Missethat zu ihr versehen möge. Quibus rationibus moti JCti Helmstadienses Mense Julio anni CIↃ IↃ CCXII. negarunt, contra civem quendam honestum propter confessionem mulierculæ huiusmodi inquiri posse: Es scheinet zwar der gefangenen G. öfters und sogar bey der Geburt ihres unehelichen Kindes wiederholtes Bekenntniß, und die darbey gebrauchte heftige Betheurung V. H. sehr zu graviren; Alldieweil aber die blosse Beschuldigung einer geschwängerten Person ohne anderweitige Anzeige keinen genugsamen Verdacht zu Anstellung der special Inquisition machet, da zumal gegenwärtige Inquisitin nicht allein begangenen Diebstahls, sondern auch nach Inhalt des beygelegten Bruch-Gerichts-Protocolls, mit andern getriebener Unzucht überzeuget ist, und dadurch vollends allen fidem verlieret, wozu ferner

kommt,

kommt, daß H. die Inquisitin wegen Diebstahls ins Gefängniß setzen lassen, da denn gar vermuthlich, daß selbige aus Boßheit, und um sich zu rächen, auf ihn bekennet; Diesemnach haben wir dafür gehalten, daß er in Ermangelung mehrern Verdachts mit der Inquisition zu verschonen sey. Atque iterum iidem JCti Mense Septembri anni CIƆ IƆ CCXIII. alium civem, contra quem jam inquiri ob eandem causam cœptum erat, ab inquisitione & restitutione sumtuum liberarunt: Inquisit wird von der Coinquisitin eines mit ihr begangenen Ehebruchs beschuldiget, und bestehet das wider ihn vorhandene Indicium darinnen, daß besagte Coinquisitin bey solcher ihrer Beschuldigung beständig, auch bey der Geburth ihres unehelichen Kindes verblieben, und ihm selbst die Umstände davon unter die Augen gesagt; Wannenhero es das Ansehen gewinnet, ob könne K. bey dergleichen Verdacht so schlechterdings nicht loßgesprochen werden; Alldieweil aber die blosse Beschuldigung einer geschwängerten Person ohne anderweite Anzeige keinen genugsamen Verdacht machen kan, da zumalen wohl vermuthlich, daß die S. wider K. als ihren ehemahligen Herrn, der sie vor der Zeit aus dem Dienst gejaget, einen Haß trage; so haben wir Inquisiten so wohl von der Inquisition als denen Unkosten, außer denenjenigen, welche er durch Führung seiner Defension und Vorschlagung des abgehörten Zeugens verursachet, loß gesprochen.

V.

Testamentum mulieris parturientis valet, in quo feminæ testes adhibitæ fuerunt.

Cornelium van Eck, JCtum Vltraiectinum, *de Testamentis parturientium* scripsisse, ex aliis intelligimus. Ipsum vero scriptum hoc videre, nobis non contigit. Interim quæstionem ab eo sine dubio tractatam & inter nostros quo-

que JCtos aliquando agitatam examinabimus, an testamentum feminæ parturientis, in quo mulieres solum testes fuerunt, subsistat. Negantem sententiam plurimi sequuntur, & nos ipsi olim amplexi sumus propterea maxime, quod forma & solennia testamentorum non ex casu, aut necessitate, aut arbitrio testatoris, sed ex legis dispositione dependent, atque adeo a testatore, licet vel maxime velit, negligi non possunt. L. 55. §. 1. *de Legatis* 1. Sed non ita pridem, re rectius cogitata, a rigore isto recessimus, & omnibus istis casibus, quibus testator aliquid ex solennibus non per incuriam & negligentiam sed necessitate pressus omisit, ultimam voluntatem eius valere debere, nunc existimamus, dummodo nulla fraudis & subiecta ab alio testamenti suspicio adsit. Convenit hæc sententia & æquitati, & juri Romano. Æquitati quidem & juri naturæ eam consonam esse, nemo dubitabit. Secundum hoc enim omne fundamentum successionis hereditariæ positum est in voluntate testatoris, præsumta quidem quod ad hereditates, quæ ab intestato deferuntur, expressa vero, quod ad successiones ex testamento. Justissimum vero est, ut, cum de voluntate expressa satis constat, præsumtio &, quæ ex illa dependet, successio ab intestato cesset. Quod vero ad jus Romanum attinet, etsi in eo controversia hæc claris verbis decisa non reperiatur, tamen liquidæ satis adsunt rationes, quæ JCtos veteres & Imperatores nobiscum sensisse evincunt. Potissima ex L. 183. *de regulis juris* desumitur, in qua Marcellus: *Etsi nihil*, ait, *facile mutandum est ex solennibus, tamen, ubi æquitas evidens poscit, subveniendum est*. Et in L. 8. *C. de Iudiciis* Augusti: *Placuit*, inquiunt, *in omnibus rebus præcipuam esse justitiæ æquitatisque, quam stricti juris, rationem*. Deinde maximus est in jure nostro necessitatis favor, atque propter eum a lege & regula recedere, subinde permittitur L. 162. *de Regulis juris* l. 5. *de Officio Proconsulis*. Cur ergo mulieri

mulieri parturienti atque feminis tantum ſtipatæ, ubi viri nec commode haberi nec propter honeſtatem & pudorem ſexus admitti queunt, non liceat, coram feminis iſtis ultimam ſuam voluntatem proferre, & cur illa voluntas certa & indubia valere non debeat, profecto non videmus. Unum fortaſſe nobis objicitur, debuiſſe feminam iſtam ante, quam in hunc ſtatum veniret, teſtamentum condere, &, cum id non fecerit, ſibi imputare, quod jam voluntas eius valida non reputetur. At hominis non eſt, omnes, qui ſupervenire poſſunt, caſus prævidere. Igitur imputari nemini debet, quod ea, quæ deinde acciderunt, non divinavit L. 29, §. 2. *Mandati.*

VI.

Inſpectio ad inveſtigandum præteritum puerperium recte adhibetur.

Sæpe mulieres innuptæ, cum de infanticidio, adulterio, ſtupro, ſimilibusque delictis accuſantur, ad illæſam pudicitiam ſuam demonſtrandam & ſuſpicionem puerperii avertendam, ocularem inſpectionem expoſcunt. Quam utrum judex vocatis obſtetricibus aliisque mulieribus recte adhibeat, & an teſtimonio huiusmodi feminarum, quod rea puerpera fuerit vel non, fides debeat haberi, dubitatur. Negavit *Ammannus in Irenico p.* 109. *ſqq.* At nos contrarium ſtatuimus, atque in eo cum Carolo V. in *Conſtitutione crim. art.* 35. & Gregorio IIX. Pontifice in *c.* 4. *X. de Probat.* conſentimus. Etſi enim, iſtam inſpectionem aliquando fallere poſſe, non omnino inficiemur; tamen illa remedia, quæ aliquando fefellerunt, non omnino rejicienda ſunt, cum alias fides actorum, teſtimonium duorum teſtium, tortura & cetera, quæ quotidie a judicibus adhibentur, nullius momenti eſſe deberent. At ſi non de puerperio, ſed concubitu ſaltem controverſia eſt, tum inſpectionem ad inveſti-

gandam virginitatem parum recte adhibere cum *Cujacio lib.* 17. *Observ.* 27. & JCtis Vitembergensibus apud *Bayerum in Appendice Dissert. de Legato liberationis ab indebito n.* 12. existimamus, etsi Pontifex in *c.* 4. *X. de Probat. & Stryk. de Jure sensuum diss.* 1. *c.* 1. *n.* 49. dissentire videantur, atque illustre huiusmodi inspectionis exemplum apud *Joannem Cuspinianum in vita Henrici VII. Imperatoris* & *Lebmannum in Chronico Spirensi l.* 7. *c.* 11. occurat.

COROLLARIA.

1 In Inspectione gravidarum solis obstetricibus sine medico habetur fides.

2 Qui mulierem prægnantem mortuam, non exciso partu, sepelit, puniendus est.

3 Judex post editum partum statim pœnam in puerpera exsequi potest, nec lapsum sex hebdomadum exspectare debet.

SPECIMEN XV.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. I. TIT. V.

DE

LEGITIMA NATIVITATE

PVBLICE DEFENSVM

A

I. A. MAIO,

BEROLINENSI.

D. IV. NOVEMBR. ANNI CIↃ IↃ CCXIII.

I.

Partus etiam post undecimum mensem in lucem editus legitimus esse potest.

Diu

Diu post maritorum mortem interdum viduæ liberos pariunt. Frequens igitur est quæstio, quo mense post patris mortem infans legitimus nasci possit. In qua decidenda mire inter se medici dissentiunt, & idem interdum Collegium diversimode respondet. Ipse *Hippocrates* sibi satis non constat, si modo libelli, qui nomine eius circumferuntur, *de natura pueri & septimestri partu*, eum vere auctorem habent, de quo non sine ratione dubitat *Fabrottus Exerc.* 1. *de temp. hum. partus p.* 36. & 37. In illo enim, mulieres, quæ ultra X. menses uterum gestare sibi visæ sunt, falli, asserit; in hoc, mulieribus de partu fidem habendam esse, quæ asserunt, eum septimo, octavo, nono, decimo & undecimo mense in lucem prodire, affirmat. *Ammannus in Medicina Critica casu XXIX.* responsum Ordinis Medici de anno 1631. affert, quo posthumus undecimo post mortem mariti mense in lucem editus illegitimus declaratus fuit. Ast *in Casu CLIV.* idem Ordo anno 1638. infantem integro post mortem mariti anno tredecimque diebus natum legitimum esse, respondit. Rationem quidem huius inconstantiæ *Ammannus in Irenico Numæ Pompilii cum Hippocrate p.* 78. & 79. hanc affert, quod posthumus ille undecim mensium pauper, anniculus vero hic locuples fuerit. Sunt tamen hodie medici, qui reiecta *Aristotelis lib.* 7. *de Hist. animal. c.* 4. auctoritate, homini perinde, ut ceteris animalibus, unum non multiplex pariendi tempus statutum existimant, partusque ante vel post nonum mensem editos legitimos esse negant. Sunt contra maiore numero, qui veterem sententiam de incertitudine termini in hominis nativitate defendunt. Cum ergo medici non conveniant, quis JCtis vitio vertet, quod hi circa hanc controversiam anci-

ancipites hæreant. Ipsi juris Romani conditores sententiam subinde mutarunt. In legibus primum XII. tabularum posthumus decimo saltem mense editus legitimus declaratus est. Et secundum istas leges Vlpianus in L. 3. §. 11. *de suis & legit. heredibus* post decem menses mortis natum a legitima hereditate excludit. Temperavit tamen subinde hunc rigorem prætor. Itaque L. Papyrius apud *Plinium Natur. histor. lib.* 7. *c.* 5. partum, quem mater tredecim mensibus se tulisse dicebat, ad bonorum possessionem admisit. Postea Hadrianus apud *Gellium Noct. Attic. lib.* 3. *c.* 16. cum femina bonis atque honestis moribus, non ambigua pudicitia, in undecimo mense post mariti mortem peperisset, requisitis veterum Philosophorum & medicorum sententiis, in XI. quoque mense partum edi posse, decrevit. Tandem Justinianus in *Novella* 39. *c.* 2. damnavit omnem partum, qui perfecto post mortem viri undecimo mense nasceretur. Cuius auctoritatem secuti plerique ex hodiernis JCtis infantem eum demum legitimum dicunt, qui initio undecimi mensis editur. Ast alii, quorum sententiam tanquam benigniorem nos quoque amplectimur, posse judicem partum duodecimo etiam post mortem patris mense natum legitimum declarare, asserunt, si scilicet appareat, eas fuisse defuncti mariti vires, ut paulo ante mortem generare adhuc potuerit, viduam mortuo eo sancte semper & integre vixisse, atque perfectionem partus mœrore aut adversa valetudine retardatam fuisse. Vide exempla apud *Ioannem a Sande lib.* 4. *tit.* 8. *def.* 10. & in *Valentini Novellis Medico-legalibus casu* 3. Ideo autem hanc sententiam alteri, quæ tamen in jure nostro fundata est, præferimus, quia in dubio benigniora sequenda & pro reo judicandum est L. 38. *de Re judicata.* Medicorum istorum etsi celeberrimorum, qui unum pariendi tempus, novem scilicet menses, hominibus præfigunt, auctoritas nos non movet; cum

cum & ex altera parte viri magni nominis ſtent, & non minus ſpecioſa argumenta afferant. Scientiam ſuam multis difficultatibus & dubiis involutam atque plurima ejus capita incerta maxime eſſe, ipſi Medici cordatiores fatentur. Certe *Hippocrates ad Democritum* ita de ſe ſcribit: *Certe Ego*, inquit, *ad finem medicinæ non perveni, etiamſi jam ſenex ſim: nec enim ipſius inventor Æſculapius, ſed & ipſe in multis a ſe ipſo diſſenſit.* Quam magiſtrorum ſuorum modeſtiam noſtræ ætatis Medici non deferent, ſed nobis, ut veterem de vario in hominibus pariendi tempore opinionem, quæ benignior videtur, recentiori præferamus, permittent. Quod vero ad leges ſententiæ noſtræ adverſas attinet, earum in re, quæ non ex voluntate legislatoris, ſed ex natura & ratione dependet, auctoritas nulla eſt. Quin, ſi vel maxime jus Romanum ſtatuto civitatis aut provinciæ confirmaretur, tamen hoc in paſſu ab eo recedi poſſe, putamus. Igitur etſi *legibus municipal. Clivenſ. tit.* 81.§. **Ein Vrouw mag** caveatur, ut partus, quem mater poſt decem menſes & duos dies enixa eſt, pro legitimo non habeatur; nihilominus, ſi in ipſa urbe Clivenſi infans poſt hoc tempus naſceretur, iſtæque, quas ſupra memoravimus, pro illo conjecturæ adeſſent, is illegitimus non foret. Quemadmodum enim inepta illa apud Anglos lex, quæ, teſte *Eduardo Chamberlein Nitit. Angl. P.* 1. *c.* 16. maritum per aliquot annos abſentem, modo inſulam non exceſſerit, prolem interim ex uxore ſua natam agnoſcere cogit, infantem illegitimum legitimum reddere nequit, ita viciſſim lex efficere non poteſt, ut is, qui ex defuncto marito natus eſt, illegitimus & tanquam ex alio natus exiſtimetur. Ceterum licet duodecimeſtrem partum admitti aliquando poſſe putemus, atque etiam cum L. Papyrio Prætore, cujus ſupra ex Plinio fecimus mentionem, aliquot dies ſupra XII. menſes concedamus, eorum tamen defenſionem non ſuſcipiemus,

qui ulterius progrediuntur, atque facilitate nimia posthumos quarto decimo mense natos admittunt. Itaque Parisienses judices non excusamus, qui secundum *Gothofredum ad Novellam* 39. *cap.* 2. *lit. e.* partum quarto decimo mense natum legitimum declararunt. Quamvis enim & huic sententiæ unus alterve patrocinetur, paucissimi tamen hi sunt, argumentisque infirmioribus utuntur, cum non sit verosimile, naturam consuetum spatium suum tam longe excedere.

II.

Partus perfectus septimo post concubitum mense nasci potest.

Hic iterum Medici quidam: *Mense*, inquiunt, *septimo nemo nascitur, aut nascetur unquam, nec natus fuit ullus ab incunabulis orbis*; item: *Ex intentione naturæ septimestris non datur, nec datus fuit unquam: dico, ex intentione naturæ, bene tamen a constituto hominum, ab aliis deceptorum, vel adhuc hodie sese ex præconceptis opinionibus decipientium*; porro: *Dico omnes partus differentias hactenus ortas esse, & adhuc oriri vel ab errore calculi mulierum, vel ab anticipatione nuptiarum a termino sponsaliorum aut alia quavis Venere illicita.* Contra jura nostra, suffragantibus viris peritissimis, partum perfectum & maturum initio etiam septimi mensis, die nempe centesimo octogesimo secundo nasci posse, affirmant in *L.* 12. *de Statu hominum* & *L.* 3. §. 12. *de Suis & legit. hered.* Nos nihil videmus, quamobrem a recepta in jure sententia sit recedendum. Consideremus paulo attentius argumenta, quibus dissententium opinio stabilitur. Primum ajunt: *Utique statum tempus pariendi habet homo, scilicet finem noni & principium decimi; alias deterioris esset conditionis præ reliquis animalibus.* At nos profecto non videmus, quid incertum illud pariendi genus dignitati & felicitati hominis detrahere possit,

nisi

nisi dicamus, propterea quoque hominem inferiorem esse bestiis, quod non, ut pleræque ex his, conjunctionem cum diverso sexu certis temporibus appetat, quod non tam cito, ut illæ, ad maturitatem perveniat &c. Pergunt deinde: *Quod ipsum exempli nostri Salvatoris Jesu Christi oppido probatur, quippe qui, ut omnes minutias naturæ humanæ in assumenda carne nostra observaret, nasci hoc termino voluit, ceu reliqui hominum filii, utque hac etiam ratione demonstraret, se verum esse hominem. Si enim dierum intercapedinem notaveris, quæ a festo annunciationis usque ad diem salutiferæ nativitatis interveniunt, exacte novem conficit menses.* Sed nec hæc ratio nos movet. Namque primum incertum est, an Christi mater per novem menses, quos homines inter duo ista festa interesse voluerunt, uterum gestarit. Maxima est inter eruditos de vero Christi natali dissensio, ut ex *Petri Alix Diatribe de Anno & mense natali Jesu Christi* Londini 1710. edita apparet, in cujus *cap.* 1. auctor errorem eorum, qui Christum d. 25. Decembris natum credunt, verosimiliter admodum refellit. Fac autem, veram esse illam vulgarem computationem. Imitatus est Christus homines in eo, non quod semper sed quod plerumque fit. Denique exempla afferunt mulierum, quæ in computo ducendo enormiter errarunt. Verum, utcut aliquando erraverint, exinde tamen non consequitur, semper omnes errasse, cunctaque exempla, quæ a viris prudentissimis afferuntur & pro veris habentur, falsa esse, atque Medicos omnes & JCtos, qui hucusque unanimi fere consensu multiplex pariendi tempus in homine admiserunt, decipi se passos fuisse. Quæ cum ita sint, recte faciunt Collegia nostra Juridica, quod antiquam nec a recentioribus quibusdam satis labefactatam sententiam non deserunt, sed partus septem atque octo mensium admittunt. Ita certe JCti Vitembergenses Mense Jan. anni cIↃ IↃ CCXII.

 respon-

responderunt: Wiewol die Görsin wegen ihres sonst übel geführten Lebens in bösem Geschrey ist, zudem an der von ihr selbst angegebenen Zeit des Beyschlafs 8 Wochen ermangeln; Dieweil aber dennoch Fiedler, daß er das Werk der fleischlichen Unzucht mit ihr vollbracht, nicht in Abrede seyn kann, hieraus aber die starke Vermuthung, daß er des zur Welt gebohrnen Kindes Vater sey, erwächset, da hingegen die an der angegebenen Zeit ermangelnden 8 Wochen ihm nicht zu statten kommen mögen, in Erwägung, daß nach der in Rechten gegründeten und überall eingeführten Meynung ein Kind auch im Anfang des siebenden Monaths nach gepflogenem Beyschlaf zur Welt kommen kan, so mag Fiedler darüber, daß er die Görsin nicht geschwängert, zum Eyde nicht gelassen werden. Hic vero iterum nunnulli, sed pauci, longius progrediuntur, atque quinto etiam & sexto mense partum nasci posse, affirmant. Collegit studiose eorum testimonia, atque ipse suo suffragio confirmavit *Fridericus Mœllerus*, Archiater Brandenburgicus, in libello, quem Custrini *de partu* 173. *dierum vivo* edidit. Cujus tamen sententiam non aliter, quam si immaturitas aliqua & imperfectio in infante edito appareat, admittere audemus. Quodsi autem partus vivus & omni numero absolutus sit, vix mater suspicionem anticipati concubitus effugiet, cum, hominem intra quinque & sex menses maturescere posse, negent Physici peritiores.

III.

Infantis ex sponsa nati pater sponsus non præsumitur.

Maxima est, quæ pro infante ex uxore constante matrimonio nato pugnat, præsumtio. Is enim legitimus & ex marito natus habetur. Neque marito contrarium asserenti creditur, nisi liquidissimis argumentis ostendere queat, se

ſe infirmitate interveniente aut propter abſentiam aliquamdiu cum uxore non concubuiſſe, aut ea valetudine eſſe, ut generare non poſſit, *L. 6. de his qui ſui vel alieni juris.* Quæritur autem, an infantes quoque, qui ex ſponſa legitima ante nuptias procreantur, ex ſponſa nati præſumantur. Fac enim, juvenem cum virgine publica ſponſalia celebraſſe, ſed ante matrimonii conſumationem decedere, ſponſam vero poſt mortem ejus infantem parere. Habebiturne ſponſæ iſti fides, quæ ſine aliis argumentis infantem ex defuncto ſponſo natum aſſerit? Equidem ſat ſpecioſæ rationes pro illa afferri poſſunt, quarum potiſſima eſt favor partus, qui legitimus potius, quam illegitimus præſumi debet. Deinde ſponſæ interdum uxores etiam in ſacro Codice vocantur *Geneſeos XXIX*, 21. *Deutr. XXII*, 24. *Matthæi I*, 20. Et in jure noſtro plerumque, quod de nuptiis conſtitutum eſt, ad ſponſalia quoque trahitur, *L.* 15. *&* 16. *de Sponſalibus.* Accedit, quod DD. copulam carnalem inter ſponſum & ſponſam interceſſiſſe tam fortiter præſumunt, ut etiam poſt mortem alterutrius ſuperſtitem non aliter, quam ſi ſe jurejurando purget, ad nuptias cum defuncti ſponſi conſanguineo admittant. *Carpzov. Jurisprud. Conſiſtor. lib.* 2. *def.* 222. Nihilominus tamen verius eſt, illam præſumtionem, quæ pro filio durante matrimonio ex juſta uxore nato ſtat, ad ſponſalia trahi non poſſe. Pater enim is eſt, non quem ſponſalia, ſed nuptiæ demonſtrant *L.* 5. *de in jus vocando.* Et præſumtio iſta pro filio in matrimonio nato inde oritur, quod maritus cum uxore ſua aſſidue moratus eſt *L.* 6. *de his, qui ſui vel al. juris.* At ſola ſponſalia præſumtionem ejusmodi inducere nequeunt. Anticipatus ante nuptiarum ſolennia concubitus jure noſtro delictum eſt. Delicta vero non præſumuntur. Neque officit nobis, quod in Sacro Codice ſponſæ interdum uxores vocantur. Hoc enim, ut recte Gregorius I. Pontifex in

can. 12. *Caussa XVII. q.* 2. ait, fit, non quia uxores sunt, sed quia fieri debent. Argumentum vero, quod in jure nostro nonnunquam a sponsalibus ad matrimonium ducitur, perpetuum non est. Denique suspicio illa desponsatarum personarum concubitu, & jusjurandum purgationis, quod propter eam imponitur, non ex solis sponsalibus oritur, sed ut *Carpzovius d. l. n.* 20. ait, ex ratione circumstantiarum, si nempe, quemadmodum ex subjecto *n.* 22. exemplo apparet, sponsa, in domum sponsi deducta, cum eo assidue versata sit. At si quotidiana hujusmodi consuetudo ostendi possit, tum sine sponsalibus etiam suspicio stupri orietur, locumque aut purgatorio aut suppletorio jurijurando dabit. Quam sententiam nostram mirifice confirmat responsum JCtorum Vitembergensium mense Martio anni clɔ lɔ ccxi. datum: Ist Hanß H. einiger Sohn Gottlob H. 10 Tage nach öffentlich gehaltener Verlöbniß mit Marien M. verstorben, und hat seine Erbschaft auf gemeldeten seinen Vater verfället. Es wird aber dieser anjetzo von der verlobten M. wegen eines zu Ende des siebenden Monats nach gehaltener Verlöbniß gebohrnen Sohnes, welchen sie von ihrem verstorbenen Bräutigam zu haben vorgiebt, in Anspruch genommen. Da denn Zweifel fürfällt, ob die Klägerinn zur Behauptung ihrer Intention mit dem juramento suppletorio zuzulassen, oder aber mit dem ordentlichen Beweiß zu belegen sey. Ob nun wohl eine sonderbare præsumtion pro legitimo partus militiret, welche, wenn sie auch nicht allein zu dessen Bescheinigung zulänglich, wenigstens dem Juramento suppletorio Platz zu machen scheinet; Dieweil aber dennoch ein Kläger niemalen, wenn er nicht vorher seine intention zum wenigsten semiplene erwiesen, zu dem Erfüllungs-Eyde gelassen wird, dergleichen aber noch zumal in gegenwärtiger Sache nicht gesaget werden mag, immassen die obenangeführte præsumtion pro legitimitate partus nur bey denen Kindern, so ex legitimo matrimonio und rechtmäßiger Beywoh-

nung

nung beyder Eltern gebohren werden, keinesweges aber bey denen ausser der Ehe erzeugten Kindern statt findet, sonderlich wenn, wie allhier angegeben wird, die Manns-Person immer unpäßlich gewesen, auch den zehnden Tag nach der Verlobung mit Tode abgegangen; so ist die Klägerinn annoch zu dem Erfüllungs-Eyde nicht zu lassen, sondern wird zuförderst den Grund ihrer Klage beyzubringen angehalten.

VI.

Filius ex solis sponsalibus natus legitimus est, patrique, exclusis adscendentibus & consanguineis, succedit.

Quodsi vero certo constet, filium ex sponso natum esse, tum ille legitimus erit atque ad hereditatem paternam admittetur. Scimus equidem, plurimos hac in parte a nobis dissentire. At horum argumenta, cum hic nequeamus, in conflictu refellemus. Certe jus canonicum a nobis non dissentit, ut ex *cap.* 12. *X. Qui filii sint legitimi* apparet. Consentiunt quoque JCti Helmstadienses in Responso, quod exhibet *Philippi ad Decis. Elect. Sax.* 49. *Obs.* 1. *n.* 21. & Vitembergenses, qui in eadem, quam modo memoravimus, causa sic responderunt: Will derselbe des Rechtens belehret seyn, ob Beklagter, wenn Klägerin ihre intention ausführen sollte, das Kind pro legitimo erkennen, und demselben die Erbschaft ausantworten müsse. Ob nun gleich das Kind, im Fall es seinen nöthigen Unterhalt erlanget, nichts mehr fodern zu können scheinet, da zumal dasselbe nicht aus einer rechtmäßigen Ehe, sondern nur ex sponsalibus gebohren worden; Dennoch aber und dieweil die von zweyen öffentlich verlobten Personen vor der priesterlichen Copulation erzeugte Kinder als eheliche und rechte Erben zu der Eltern Verlassenschaft gelassen werden, und zwischen selbigen und denen aus rechtmäßiger Ehe gebohr-

gebohrnen Kindern weiter kein Unterscheid ist, im übrigen bekannten Rechtens, daß bey der Erbfolge die Descendenten denen Ascedentibus jederzeit vorgesetzet werden; So ist Hanß H. im Fall Maria M. daß sie sich mit Gottlob H. rechtmäßig und mit Einwilligung seines Vaters versprochen, auch von ihm nachgehends beschlafen und geschwängert worden, gebührend beybringet, das Kind nicht nur pro legitimo zu erkennen, sondern auch demselben die väterliche Erbschaft auszuantworten, und, daferne solche zu dessen Unterhaltung nicht zureichet, überdies die Alimenta zu geben schuldig.

COROLLARIA.

1. Filius illegitimus matris nobilitatem non consequitur.
2. Monstra impune occiduntur.
3. Liberi ex pacto, a patre cum matre ante nativitatem in præjudicium eorum inito, obligantur.

SPECIMEN XVI.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. I. TIT. V.
DE
LIBERIS ET SERVIS.
PUBLICE DEFENSUM
A
GEORGIO JVLIO GöRBERO, HELMSTADIENSI.
D. XII. DECEMB. ANNI CIↃ IↃ CCXIII.

I.
In dubio adhuc hodie interpretatio pro libertate facienda est.


Pomponius *in L.* 20. *de Regulis juris*: *quotiens*, inquit, *dubia interpretatio libertatis est*, *secundum libertatem respondendum erit.* Cum quo Justinia-

Justinianus in L. 14. C. *de Fideicommissariis libertatibus* consentit. Sed *Wesenbecius* & plerique ceteri regularum juris interpretes, dum istam L. 20. explicant: *Quoniam*, aiunt, *inter nos Christianos servitus in usu esse desiit, huius legis vel nullus vel perexiguus hodie usus est.* Nos vero regulæ huius mangnum superesse usum, existimamus, & exemplis in præsens ostendemus. Illud quidem largimur facillime, servos, quales olim inter *Romanos* erant, inter nos vix dari. Illi enim, quos ex turcis & ceteris barbaris gentibus capimus, & rariores sunt, & nullæ fere circa illos controversiæ oriuntur. Nihilominus tamen regula, quam supra attulimus, recte applicatur:

I. Ad homines proprios, sive die Dienstleute, quemadmodum olim appellantur. Horum conditio, si pauca excipias, proxime ad servitutem priscorum Romanorum accedit, atque jam olim apud maiores nostros odiosa fuit, quemadmodum ex *Speculo Saxonico lib.* 3. *art.* 42. apparet. Igitur dubium non est, quin in litibus, quæ de his hominibus propriis excitantur, interpretatio, siquidem res ambigua videatur, pro libertate facienda sit. Ipse hoc inculcat Repkovius in *Spec. Sax. lib.* 3. *art.* 32. atque asserit, paribus utrinque, & pro libertate, & contra libertatem argumentis, magis secundum libertatem pronunciandum esse.

II. Ad servitutes prædiorum tam reales quam personales, in quibus dijudicandis istæ merito regulæ servantur: In dubio prædium pro libero habendum est; item: Servitus indefinite concessa ita est interpretanda, ut fundus serviens minimo, quam fieri potest, detrimento afficiatur. Vide modo L 9 *de Servitutibus* & L. 21, 22. *de Servit. rustic. præd.* Et recte Berlichius *P.* 2. *Concl.* 49. *n.* 27. cum Carpzovio *P.* 2. *C.* 41. *def.* 4. servitutem pascendi simpliciter concessam iis saltem temporibus, quibus fruges collectæ sunt, in of-

fenen Zeiten, exerceri posse, affirmant. Verum ea de re infra commodius agemus.

III. Ad jura ista servitutibus similia, quæ in faciendo consistunt, quibus aliquis vel prohibetur, vel cogitur, quid facere, quod alias jure naturæ liberum relinquitur. Huc pertinet jus, quo civitates villas circumiacentes compellunt, ne cerevisiam coquant, sed eam a se accipiant; jus, quo subditi ad certum molendinum frumenta sua advehere compelluntur: Zwang-Mühle; jus stapulæ cetera. In his quoque juribus, cum dubium obvenit, contra eum semper, qui illa sibi vindicat, secundum naturalem libertatem judicatur.

IV. Ad prædia, quæ emphyteutica, feudalia vel oneribus extraordinariis subiecta asseruntur. In dubio enim fundus allodialis 2. F. 26. §. 1. immunis a servitiis, oneribus & pensionibus præsumitur.

Ad servitia, quæ rustici de fundis suis possessoribus prædiorum equestrium præstant. Jure quidem civili incognita ea sunt, atque etiam sub exilii & omnium facultatum amittendarum pœna in L. 2. C. *Ne rusticani ad ullum obsequium devocentur* prohibentur. At moribus totius Germaniæ recepta sunt. Quia tamen libertati naturali adversantur, odio habentur, atque quantum fieri potest, restringuntur. Et nescio profecto, an non aliquando JCti odium illud nimis extendant & jura equestrium prædiorum benignissimis suis pro libertate interpretationibus infringant. Sed de hoc alio tempore. Nunc exempla videbimus, quibus ista benignior interpretatio in determinatione servitiorum rusticorum adhibita fuit. Sic, cum rustici alternative vel ad operas præstandas, vel pecunia, durch das Dienstgeld, redimendas obligantur, ipsis electio relinquitur. Deinde, cum operas ad ædificandum, Baudienste, præstare obligati

gati sunt, eas tunc saltem, cum domicilium ipsum, der Ritterfitz, non etiam, cum stabula & horrea exstruuntur, debent. Porro operæ determinatæ non possunt in alias, licet similes & interdum leviores, converti. Ita die Bestellung der Aecker nequit in Fuhrdienste mutari. Tum rustici uni prædio addicti cogi nequeunt, ut operas in prædio vicino, licet unus amborum dominus sit, ipsorumque rusticorum conditio deterior non reddatur, præstent. Tandem, aucto licet prædio equestri per coemtionem novorum agrorum, ipsi tamen, etsi in genere ad agros eius prædii colendos obligati sint, coemtos tamen agros colere necesse non habent. Hæc & similia apud *Carpz. lib.* 1. *Resp.* 51. *multisque sequentibus* reperies. Sed nos more nostro exemplum de propria experientia afferemus. Jam tum in *Specimine XIV. Meditat. III.* memoravimus, possessorem quendam prædii equestris a rusticis excubias apud nurum suam in eius puerperio postulasse ideo, quod puerperas ægrotis accensendas putaret, sed repulsam tulisse. Idem vero deinde, cum hac parte se nihil obtenturum videret, ex alio capite easdem excubias vindicabat. Afferebat scilicet documentum, in quo rustici ipsi fassi erant, se excubias uxori domini sui, ihrer Gerichtsfrau, quoties illa ex puerperio decumberet, debere. Cum igitur ipse in præsens uxorem non haberet, filius autem cum ipso tanquam patre eadem persona esset, huius coniugem idem officium exigere posse, putabat. Sed hæc argumenta, quæ in alia forsan causa valuissent, hic non attendebantur ob regulam, quam ex L. 20. *de Regulis jur.* supra attulimus. Itaque ICti Vitembergenses Mense Julio anni cIↃ IↃ ccix. responderunt: Daß Klägers Suchen nicht statt habe; subiectis rationibus: Es verlanget Kläger von seinen Unterthanen, daß selbige bey seines Sohnes Eheliebsten Niederkunft und während 6 Wochen die Wache halten sollen, gründet sich diesfalls fürnemlich auf

ihr eigenes gerichtliches Geständnis fol. 10. allwo sie, daß sie bey ihrer Gerichts-Frau Niederkunft zu wachen schuldig wären, bekennen, folglich, und da er anjetzo selbst keine Frau habe, sein Sohn hingegen als künftiger Lehn-Folger, und, vermöge der Rechte, als eine einige Person mit dem Vater müsse angesehen werden, sich auch bey seiner Eheliebsten der Wache nicht entbrechen könten; Alldieweil aber in dubio jederzeit pro libertate zu sprechen ist, und denen Unterthanen über die gesetzten Dinste keine Bürde aufgedrungen werden soll, demnach die interpretatio extensiva von einem casu auf den andern in dergleichen über Frohn- oder Herren-Diensten entstandenen Processen gar nicht statt findet, wie solches *Carpzov.* 1. *R.* 51. *sqq.* mit unterschiedenen Exempeln weitläuftig ausführet; also, da Kläger selbst nicht in Abrede ist, daß die Schuldigkeit zu wachen, und der Beklagten diesfals gethanes Bekänntnis eigentlich nur des Gerichtsherren Ehefrau angehet; solches servitium auf den Sohn nicht zu erstrecken ist; So haben wir Klägern mit seinem Suchen abgewiesen.

II.

Conditio hominum propriorum Romanis incognita non fuit.

Nonnulli juris interpretes, conditionem hominum propriorum tantum Germanis cognitam fuisse, putant. At, si jura Romana excutimus, in illis quoque medium aliquod inter liberos & servos hominum genus reperimus, quod in omnibus fere cum hominibus propriis Germanorum convenit. Coloni hi vocabantur, si agro colendo addicti essent, inquilini vero, si non agrum sed domum saltem possiderent. Vide L. *un.* C. *de Colonis Illyricianis* ibi: *Colonos inquilinosque abeundi rure, in quo eos originis agnationisque merito certum est immorari, licentiam habere non posse censemus. Inserviant terris non tributario nexu, sed nomine & titulo colonorum, ita, ut si abscesserint, & ad alium*

alium transierint, revocati vinculis pœnisque subdantur. Extant de illis variæ constitutiones. Huc pertinet L. *un.* C. *de Colonis Palæstinis*, ubi Imperatores: *Cum per alias*, inquiunt, *provincias lex a majoribus constituta colonos quodam æternitatis jure tetineat, ita, ut illis non liceat ex his locis, quorum fructu relevantur, abscedere, nec ea deserere, quæ semel colenda susceperunt; sancimus, ut etiam per Palæstinam nullus omnino colonorum suo jure velut vagus, ac liber exultet, sed exemplo aliarum provinciarum ita domino fundi teneatur, ut sine pœna suscipientis non possit abscedere: addito eo, ut possessionis domino revocandi ejus plena tribuatur auctoritas.* Clarior adhuc est L. *un.* C. *de Colonis Thracensibus*, in qua Augusti: *ne forte*, aiunt, *colonis tributariæ sortis nexibus absolutis vagandi, & , quo libuerit, recedendi facultas permissa videatur, ipsi quidem originario jure teneantur: & licet conditione videantur ingenui, servi tamen terræ ipsius, cui nati sunt, existimentur: nec recedendi, quo velint, aut permutandi loca habeant facultatem, sed possessores eorum jure utantur, & patroni solicitudine, & domini potestate.* Adde L. 13. *pr. L.* 15. L. 23. §. 1. C. *de Agricolis & censitis & colonis L.* 2. C. *In quibus causis coloni censiti.* Cum his autem colonis & inquilinis confundi non debent adscriptitii, qui liberi plane non erant, sed servi, atque adeo, si quod peculium adquisivissent, id omne ad dominum pertinebat, quod secus in colonis L. 18. & 21. C. *de Agricolis*, Ceterum ea, quæ *in allegatis LL.* de nuptiis & liberis colonorum dicuntur, poterunt hodie, nisi diversa consuetudo in loco aliquo extet, ad nostros homines proprios accommodari.

III.

Pactum, quo quis operas suas alteri in perpetuum pro mercede annua addicit, irritum non est.

Consulti aliquando privatim fuimus, valeretne conventio, qua homo liber, sed de plebe, equestris dignitatis viro pro insigni, quod ab illo acceperat, beneficio pollicitus erat, se nunquam ex ministerio illius discessurum, sed in perpetuum ei pro annua mercede serviturum. Interiectis vero aliquot annis, pertæsus huius servitii homo vehementer de infirmando, quod inierat, pacto laborabat. Urgebat imprimis, sublatam inter Christianos servitutem eiusmodi conventionibus reduci non debere, quin imo apud Romanos quoque talia perpetuæ servitutis pacta secundum L. 10. *C. de Liberali causa* irrita fuisse. Existimavimus tamen, huiusmodi conventionem utique subsistere. Neque enim per illam servitus inducitur. Libertas quippe salva manet cum juribus reliquis, quæ ex libertate pendent. Negotium enim, quod hic contrahitur, locatio & conductio est, quæ in perpetuum recte initur L. 10. *C. de locato & conducto.* Neque æquitati & juri naturali quidquam hic adversum videmus, cum secundum illud quis etiam in veram servitutem se alteri addicere possit, fatente *Pufendorffio de Jure naturæ & gentium l.* 6. *c.* 3. §. 7. Et Romani quoque tales conventiones perpetuas, si quidem libertas salva maneret, non omnino improbabant. Poterat enim quis apud illos se obstringere ad terram alterius perpetuo colendam, quemadmodum ex *l.* 23. §. 1. *C. de Agricolis & censitis* apparet. Adde *Potgieserum de Conditione & statu servorum apud Germanos lib.* 1. *cap.* 1. §. 5.

IV.

Quousque jus castigandi servum mercenarium extendatur.

Etsi servitus ipsa, qualis apud priscos Romanos erat, inter nos sublata sit, aliqua tamen eiusdem vestigia in famulis mercenariis supersunt; inter quæ potissimum est jus emendationis

tionis domesticæ, ut in *l. un. E. de Emendatione propinquorum* vocatur, seu facultas castigandi & coercendi famulum eiusmodi refractarium. At cavendum est, ne quis jure suo abutatur & modum in castigando excedat. Hic enim iniuriarium a famulo recte convenietur. Investigandum autem est, quousque istud jus emendationis domesticæ se extendat, & quando ob excessum eius locum inveniat actio iniuriarum. Omnia videlicet domino in servum mercenarium permittuntur, carcer privatus, verba & verbera etiam, dummodo a duobus caveat, primum, ne famam, deinde ne valetudinem servi lædat. Fama lædi intelligitur, cum crimen, in quod leges famæ amissionem constituerunt, objicitur. Ceteræ contumeliæ non prohibentur. Itaque apud *Mevium in Jus Lubecense P. 3. t. 8. a. 10. n. 16.* iniuriarum recte damnata fuit materfamilias, quæ ancillam, cui nihil turpe objicere poterat, meretricem, *eine Schandhure*, vocarat. Si quis autem valetudinem servi per verberum atrocitatem læserit, iniuriarum quidem conveniri nequit, actione autem locati, ad impendia læso restituenda damnumque omne farciendum tenetur. *L. 13. §. 4. Locati conducti.*

V.

Homicidium in servo mercenario a domino commissum interdum capite, nonnunquam mitius punitur.

Quæstio hæc non raro in judiciis movetur, an dominus, qui famulum mercenarium occidit, gladio, consueta homicidarum pœna, sit plectendus. Variæ hic sunt, ut fere in omnibus controversiis, Doctorum sententiæ, in quibus recensendis tempus non perdemus. Decisio litis ex recta ratione & constitutione Constantini Augusti, quæ *in L. un. C. de* *Emen-*

Emendatione servorum reperitur, sumi debet. Distinguendum est scilicet, utrum dominus occidendi animum habuerit, quod ex instrumentis, quibus usus est, facile apparebit, an vero castigare saltem voluerit, in castigando vero modum excesserit. Illo casu ultimum supplicium non effugiet, quod lex divina cuilibet homicidæ sine dignitatis discrimine irrogat. Vide *Bergerum in supplementis ad electa Jurispr. criminal. P. 2. O. 105.* &, quem ibi citat, *Mevium.* At cum saltem castigandi mentem habuit, sed in emendatione hac per imprudentiam & iram modum excessit & vulnus lethale inflixit, culpæ quidem reus erit, *l. 6. ad* L. *Aquil.* & pœnam extraordinariam sustinebit, capite tamen non plectetur. Neque obstat, quod is etiam, qui animum occidendi saltem indirectum habuit, gladio puniatur, si mors secuta fuerit. Hoc enim tunc saltem, cum quis in actu illicito e. g. duello, constitutus non interficere, sed lædere & vulnerare voluit, verum est. At, qui servum, castigat, in re licita versatur, nec obliquum occidendi animum habuisse dici potest. Igitur, si vel maxime per supinam negligentiam in modo castigandi peccarit, in dolo tamen non hæret, sed culpæ tantum reus est. Atque ita JCti Helmstadienses mense Julio anni cIɔ Iɔ ccxII. respoderunt in casu, quo centurio militem, qui ipsius simul famulus erat, stricto ense, quo instrumento duces bellici in castigandis militibus plerumque utuntur, verberarat, sed per incuriam vulnus ei lethale inflixerat. Afferemus autem ipsa responsi verba: Hat Alexander, Hauptmann bey einem Königl. D. Regimente, einen unter seiner Compagnie stehenden, von ihm aber eine Zeitlang zur Aufwartung gebrauchten Soldaten, Namens Pamphilum, wegen dessen Nachläßigkeit und Ungehorsam anfänglich mit dem Stock geschlagen, nachgehends aber da derselbe die Nase in die Höhe geworfen, und, daß er es nicht vergessen wolte, gedrohet, ihm mit dem Degen einen Stich zugefüget, wovon er

kur-

kurze Zeit hernach gestorben. Da denn zu wissen verlanget wird, ob nicht dieser Todtschlag mehr pro casuali, oder doch nur culposo, als doloso zu halten, demnach arbitrarie zu ahnden sey. Ob nun wol von bewährten Rechtslehrern dafür gehalten wird, daß in zweifelhaften Fällen ein Todtschlag, wenn derselbe zumal mit dem Degen oder andern mörderlichen Gewehr geschiehet, viel eher aus Vorsatz und dolose, als aus blossem Zufall oder Versehen begangen worden, hiernächst auch derjenige vor einen Todtschläger zu halten, und mit der ordentlichen Strafe zu belegen ist, welcher nicht eben directo den andern umzubringen gesinnet gewesen, sondern nur animum vulnerandi gehabt, und aus Unvorsichtigkeit und wider seine Intention ihm eine tödtliche Wunde zugefüget, ferner des Entleibten geringer Stand, und, daß er in des Hauptmanns Diensten gestanden, diesem keinesweges zu statten kommen mag, indem denen gemeinen Rechten nach auch die an leibeigenen Leuten begangene Mordthaten mit der Todesstrafe beleget werden, überdies oftgemeldeter Hauptmann nicht geringen Verdacht, daß er animum occidendi oder wenigstens vulnerandi gehabt, dadurch auf sich geladen, daß er den Stock, mit welchem er anfänglich den Entleibten geschlagen, von sich gegeben, und den Degen wider ihn entblöset; bey welchen Umständen, wenn es das Ansehen gewinnet, ob sey die von dem Hauptmann Alexander an Pamphilo begangene Entleibung allerdinges für einen fürsetzlichen Todtschlag zu halten, und mit der ordentlichen Strafe zu belegen; Alldieweil aber der entleibte Pamphilus jederzeit mürrisch und widerspenstig gewesen, auch dazumal durch seinen Ungehorsam, trotzige Minen und bedrohliche Worte verursachet, daß der Hauptmann i[illegible] Anfangs mit dem Stocke gezüchtiget, nachgehends aber, und da er den Stock bereits von sich gegeben, dieser aber mit seinen ungebührlichen Bezeigungen fortgefahren, den noch an der Seite gehabten Degen, mit welchem bekanter massen die Krieges-Officierer gemeiniglich ihre untergebene Sol-

daten zu schlagen pflegen, gegen ihn entblösset; in welchen allen denn bemeldter Hauptmann nichts unrechtes begangen, sondern in re licita versirt, folglich die oben angezogene præsumtio doli, ingleichen des annimi occidendi und vulnerandi, hinweg fällt, welche nur alsdenn, wenn jemand sich eines ungewöhnlichen und ungebührlichen Instruments, den andern zu beleidigen bedienet, statt findet, und solches um so vielmehr, da der Entleibte in des Thäters Diensten gestanden, aus welchem Umstande animus castigandi, nicht aber occidendi vermuthet wird, wobey ferner dieses nicht auser Augen zu setzen, daß Alexander den gantzen Tag über starck getruncken, also wohl zu vermuthen ist, daß er mit dem Degen nicht alzu vorsichtig umgegangen, und Pamphilo nicht aus Vorsatz, sondern aus Versehen und Unvorsichtigkeit den tödtlichen Stich zugefüget, immassen auch der dabey gewesene eine Zeuge aussaget: es würde wenn Pamphilus nicht gerücket, keine Noth gehabt haben; endlich die übrigen vohandenen indicia gar wohl durch den Reinigungs End, welcher ohne das bey der probatione animi non occidendi das sicherste und gewöhnlichste Mittel ist, teste *Mascarto de Probationibus Vol.* 1. *Concl.* 67. *n.* 28. abgelehnet werden können; So erscheinet aus denen angezogenen Umständen und Rechtsgründen so viel, daß diese von dem Hauptmann Alexander an Pamphilo begangene Entleibung zwar nicht pro casuali, wohl aber culposa zu achten, diesemnach nur ausserordentlich zu ahnden, auch besagter Hauptmann zu dem Reinigungs-Eyde zu lassen sey.

COROLLARIA.

1 Conditio servorum & hominum propriorum contra jus naturæ & divinum non est, etsi compilator Speculi Saxonici id existimet.

2 Utile reipublicæ nostræ esset, ut servitus pristina in usum reduceretur.

3 Homo proprius per litterarum studia non liberatur.

SPE-

SPECIMEN XVII.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. I. TIT. VI.

DE

PATRIA POTESTATE

PVBLICE DEFENSVM

A

JOACHIMO SIGISMVNDO SCHARF,

HOIENSI.

D. IX. DECEMBR. ANNI CIↃIↃCCXIII.

I.

Pater filium, etiam qui volens ab aliis detinetur, vindicat.



n pater filium, qui ſponte apud alterum eſt, vindicare poſſit, dubium redditur ex L. 5. *de Liberis exhibendis*, in qua Venuleius: *Si filius*, inquit, *ſua ſponte apud aliquem eſt, inutile hoc interdictum erit: quia filius magis apud ſe, quam apud eum eſt, in quem interdicetur, cum liberam facultatem abeundi vel remanendi haberet.* Nihilominus tamen filium etiam ſponte abſentem peti poſſe, putamus, ita tamen, ut actio tunc non contra detentorem, quod ſaltem in L. 5. negatur, ſed ipſum filium inſtituenda ſit L. 1. C. *de liberis exhibendis*. Triplex autem, ut ex L. 1. §. 2. *de Rei vindicatione* apparet, actio dabitur ad petendum filium, rei vindicatio, ſi adhuc in patria poteſtate conſtitutus ſit, actio præiudicialis, quæ ex ſtatu perſonarum proficiſcitur, & interdictum de liberis exhibendis. Quin imo tunc etiam contra tertium recte agetur, cum is volentem quidem, ſed callidis perſuaſionibus ſolicitatum, circumventum & ſeductum de-

 tinet

tinet *arg. l.* 3. §. 5. *de Homine libero exhib.* Adde, *L.* 1. §. 3. *de Servo corrupto.* Eius rei exemplum elegantiſſimum *Petrus Aerodius*, JCtus olim apud Gallos celeberrimus, & eruditiſſimi operis; quod *Pandectas rerum ab omni antiquitate judicatarum* inſcribit, auctor ſuppeditabit. Eius filius natu maior a Jeſuitis ſibi perſuaderi patitur, ut in ſocietatem illorum, relicta domo patria, tranſiret. Quod Aerodius ægre ferens, filium repetit. At is detrectat obſequium & inter ſodales deliteſcit. Contra hos itaque, & inprimis adverſus rectorem & membra collegii Claromontani actionem inſtituit Aerodius. Hi negant, ſe quidquam de filio eius ſcire. Aerodius multas ſuſpicionis cauſas affert. Redditur itaque decretum a Senatu: *quod Petrus Aerodius, Quæſitor Andegavenſis, queſtus eſt de Renato adoleſcente, filio ſuo, quem Ieſuitæ ſolicitaſſent, ſubreſiſſent; Rectore ac Primario Collegii Claromontani propterea introductis; ad rogationem Taii, Advocati Regii. D. E. R. I. C. Placere, Aerodio dari inquiſitionem plagii; interea Senatum prohibere, ne quid in præjudicium fiat, neve illum adoleſcentem Jeſuitæ ſocietati admiſceant ſuæ, futurum alioqui fraudi. Id ne neſciant collegæ, jubere per Claromantanos dici, reſcribi ſuis. In Curia XX. Maji anno MDLXXXVI.* Sed hæc omnia fruſtra. Pergit ergo Aerodius querelas ſuas ad ipſos Galliæ totius ordines Bleſis congregatos deferre, obtinetque, ut illi pro ipſo intercedant apud Henricum III. Regem, qui rem porro ſummo Pontifici renunciari jubet. At Ieſuitæ interim, iſtos conatus omnes eluſuri, adoleſcentem extra Galliam ablegarant, ut ipſe jam Aerodius, quo in loco filius detineretur, neſciret. Quamobrem, alia via ſibi incedendum ratus, libellum componit doctiſſimum & elegantiſſimum *de Patrio jure*, quo argumentis ſtudioſiſſime ex jure naturæ, ſacro codice, hiſtoria antiqua, teſtimoniis auctorum, jure juſtinianeo, decretis Pontificum legibus, re-

cen-

centioribus conquisitis filio persuadere conatur, ut ad officium suum domumque paternam redeat. Inscribit librum Filio Pseudo Iesuitæ, tantamque de hoc scripto suo concipit spem, ut putet, illum, si modo id ad eum pervenerit, lectione eius sine dubio motum iri. Qua propter sic statim ab initio alloquitur lectorem: *Quia jam*, inquiens, *per triennium quæro filium meum maximum, frustraque id, (est enim inter Iesuitas) quod privatim præstitissem, facio publice. Ago ut cum reo absente ac fugitivo, hoc est, annotatione & programmate. Itaque, si tibi videbitur, o lector, me non immerito expostulare ac conqueri, eveniatque fortuito, ut obviam sit furtivus ille & seductus adolescens, fac, quæso, lectitet hunc libellum. Postea non recuso, si quid sui juris arbitriique est, quin mihi pareat aut non pareat patri.* Illud certe fateor, hunc libellum ita conscriptum esse, ut lectione eius animus non possit non affici. Quare si ad oculos filii pervenit, non dubito, quin & is se illo permoveri passus sit.

II.

Liberi patri operas officiales & œconomicas, non vero artificiales, gratis præstare debent.

Nihil frequentius est in foro, quam ut liberi aut post mortem patris, aut interdum, eo adhuc vivo, mercedem pro operis illi præstitis petant. Imprimis, cum paterna hereditas dividenda est, maiores natu negant, æquum esse, ut ipsi, qui diu patri servierunt, remque ipsius opera sua insigniter auxerunt, æqualem cum natu minoribus partem accipiant. Itaque præcipuum quid sibi mercedis nomine poscunt. Ipsam hanc quæstionem in jure nostro clare decisam non reperimus. Quapropter plus illa dubii habet. Neque DD. sibi invicem constant, negantibus aliis, quid-

quam liberis deberi, aliis contra affirmantibus, aliis denique per varias limitationes rem magis magisque implicantibus & obſcurantibus. Nos more noſtro, inſuper habitis variis iſtis opinionibus, litem ex æquitate & analogia juris decidemus. Diſtinguimus ſcilicet inter operas conſuetas ſeu œconomicas & artificiales, quæ ex artificio, quod filius didicit, præſtantur. Illas liberi parenti ſuo gratis debent, improbeque faciunt, ſi pro earum præſtatione quidquam poſcant, cum jam pro illis alimenta a patre acceperint. Atque id ex jure etiam noſtro defendi poteſt. Si quid enim ex re patris filio per huius operam obveniat, hoc totum parenti adquiritur, §. 1. *I. Per quas perſonas cuique adquiritur.* Ex ita JCti Helmſtadienſes menſe Auguſto anni CIↃ IↃ CC XII. reſponderunt: Es liquidiren Beklagte dasjenige, was ſie durch die ihren Eltern geleiſteten Dienſte und in denen jetzt ſtreitigen Güthern angewendete Arbeit verdienet zu haben meynen, und bitten, ihnen ſolches als ein Liedlohn zuzuerkennen. Es findet aber dieſes Suchen keine ſtatt, in Erwegung, daß die Kinder ihrem Vater häußliche Dienſte zu leiſten ſchuldig ſeyn, auch alles, was ſie verdienen, demſelbigen überlaſſen müſſen, dagegen nicht mehr, als den nöthigen Unterhalt, fodern können. At, ſi operas artificiales, quæ ab officialibus in L. 26. §. 12. *de Condict. indeb.* diſtinguuntur, patri præſtitit, atque per has patrimonium eius egregie auxit, æquum utique erit, ut harum merces ipſi ex bonis paternis ſolvatur. Neque enim ad illas patri exhibendas obligatus videtur. Quodſi igitur exhibuit, tacita quædam locatio interveniſſe cenſetur. Placuit hæc ſententia JCtis Helmſtadienſibus, qui ſecundum illam menſe Auguſto anni CIↃ IↃ CCXIII. reſponderunt: Wird gefraget, ob der älteſte Sohn die 300. Rthlr. welche ihm der Vater vor ſeine bey der Handlung geleiſtete Dienſte an Kram-Waaren gut gethan, mit in gemeine Erbſchaft, ſi legitima computetur, einwerfen müſſe; Nun iſt zwar ein der väterli-

chen

chen Gewalt annoch unterworfener Sohn dem Vater auch umsonst zu dienen schuldig, daß es also scheinen möchte, ob wäre die ihm deshalben gegebene Belohnung pro simplici donatione zu achten, und bey Computirung der Legitimæ anzurechnen; Weil aber obangezogene Schuldigkeit zu dienen nur von denen gemeinen und bey der Haushaltung gewöhnlichen Diensten zu verstehen ist, dahingegen ein Sohn, welcher dem Vater mit seiner erlernten Kunst und Profeſſion beystehet, und etwas erwerben hilft, davor der Billigkeit nach allerdings einige Belohnung fodern kann, woran in gegenwärtigem Fall um desto weniger zu zweifeln, da der Vater solches selbst vor billig erkant, und dem Sohn dieserhalben was gewisses ausgemachet; So ist derselbe die 400. Rthl. welche ihm der Vater vor seine bey der Handlung geleisteten Dienste an Kram-Waaren gut gethan, mit in die gemeine Erbschaft, si legitima computetur, einzuwerfen nicht verbunden. Ceterum ea, quæ diximus, intelligenda sunt de liberis, qui in patria potestate adhuc existunt. Quodsi enim emancipati sint, aut matri ceterisque adscendentibus, qui jus patriæ potestatis non habent, operas præstiterint, mercedem recte poscunt, qualescunque etiam operæ fuerint, sive artificiales, sive œconomicæ & officiales. Extra paternam enim potestatem spectati liberi operas parentibus plane nullas debent. Ita certe Tryphoninus in *l.* 10. *de Obsequiis parentibus & patronis præstandis: Pietatem*, inquit, *liberi parentibus, non operas debent.*

III.

Pater filium immorigerum, non requisito judicis consensu, ergastulo includere potest.

Liceatne patri filium immorigerum privata auctoritate ergastulo includere, dubitatum aliquando fuisse, recorda-

cordamur. Negabant aliqui, & judicis consensum ad hoc requirebant, propterea maxime, quod in *l. 3. C. de Patria potestate* pater acriore remedio in castigandis liberis usurus præsidem adire ejusque sententiam expectare jubetur. Ergastulum vero acrius utique remedium & damnatio quædam ad opus publicum esse, adeoque jus domesticæ emendationis excedere videtur. Accedit, quod secundum Marcianum in *l. 5. de L. Pompeja de parricidiis* patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere. Nihilominus tamen, patrem privatim & inconsulto judice liberos in ergastulum detrudere posse, existimamus. Ista enim, quæ objicitur, *l. 3. C. de Patria potestate* tunc saltem Præsidis sententiam requirit, cum publica pœna filio immorigero infligenda est, at de cetero jus castigandi patribus relinquit. Ergastulum autem pœna publica non est, sed coercitio privata. Neque enim per illam exemplum aliquod publicum aliis maleficis exhibetur, cum plerumque inclusio hæc clam fieri soleat, sed tantum emendatio filii improbi intenditur. Quæ vero ad emendationem tantum pertinet, ea omnia pater exercet *arg. l. un. C. de Emend. propinqu.* Et cum antiquo jure patribus jus etiam de publicis liberorum delictis cognoscendi & ultimum supplicium irrogandi competierit, quemadmodum ex *Valerio Maximo lib. 5. cap. 8.* apparet, correctio istius juris stricte interpretanda est, ut patri tantum, quantum salva æquitate & lege fieri potest, relictum censeatur. Interest quoque ipsorum filiorum, ut patribus hujusmodi coercitionis jus privatim relinquatur, ne, re publice ad judicem delata, improbitas ipsorum & contumacia manifestetur. Quapropter & iis in locis, ubi ergastula habentur, recipi solent liberi immorigeri, qui a patribus offeruntur, nec judicis auctoritas requiritur. De ergastulis certe Belgicis hoc testatur *Schookius in Belgio Fœderato lib. 16. c. ult.* in

iis

iis ſcilicet quædam ſecretiora conclavia reperiri, deſtinata honeſtorum virorum filiis, qui, quod non omnes ad illos promiſcue admittantur, vulgo Separaten dicantur. Conſentiunt nobiſcum ICti Gryphiswaldenſes apud *Mevium ad Jus Lubec. lib.* 1. *tit.* 3. *rubr. n. u.* Et licet diſſentire videatur *Strykius de Cautela abundanti in contractibus cap.* 1. *n.* 14. *ſq.* auctoritatem tamen magiſtratus ad incluſionem huiusmodi non ſimpliciter requirit, ſed ſufficere dicit conſenſum eorum, quibus ergaſtuli inſpectio credita eſt.

IV.

Pater invitus ad ſumtus ſtudiorum filio præſtandos non obligatur.

V.

Multitudo ſcholarum, academiarum & ſtudioſorum reipublicæ eſt damnoſa.

Pater quidam mercator filium, quem unicum habebat, eidem vitæ deſtinarat. At hic nulla ratione, ut patris voluntati obſequeretur, adduci poterat, ſed, neglectis commerciis, ſeſe ſtudiis literarum addicebat. Pater eum, ne ſibi refragaretur, ſedulo hortabatur, at, cum hortando nihil proficeret, publice edicebat, ne quis filium pecunia aut alia quavis rejuvaret, ſe quippe nihil illi reſtituturum. Erant nihilominus, qui filio ad academias invito patre eunti ſumtus ſuppeditarent, ſpe eosdem, ſi non prius, poſt mortem tamen patris ex locuplete eius hereditate recuperandi. At præter exſpectationem filius, uno alterove in academiis anno conſumto, diem obiit. Tum creditores eius patrem adire & ſua repoſcere. Hic vero negat, ſe quippiam illis debere. Magna itaque oritur lis, cuius omnis cardo in eo vertitur, an pater, qui filium diverſo vitæ generi deſtinavit,

invitus illi ſtudiorum ſumtus præſtare cogatur. Affirmant creditores, urgentque imprimis favorem ſtudiorum, ſummamque, quæ ex illis in rempublicam redundat, utilitatem, Publico intereſſe dicunt, ne filii per patris poteſtatem ab excolendis literis abſtrahantur. Nec quidquam patri prodeſſe putant, quod is filio ſuo ſumtus ſtudiorum credi vetuerit, cum prohibitio eiusmodi utilitati publicæ contraria non attendatur, ſed judex æquitatem ſecutus in id, quod ex pietate creditum fuit, nihilominus prohibentem condemnet *l.* 14. §. 12. *de Religioſis.* Addunt denique, quod Ulpianus *in l.* 50. *Familiæ herciſcundæ* ſumtus filio etiam emancipato ſtudiorum cauſa peregre agenti ſubminiſtrare, *debitam pietatem* vocet. Nos tamen, exploſis argumentis his, patrem abſolvendum eſſe, exiſtimamus. Fatemur equidem, patrem ad alendos liberos obligari, fatemur etiam, hic alimentorum nomine ea, quæ ad diſciplinam pertinent, contineri *l.* 5. §. 12. *de Agnoſcendis & alendis liberis*, non obſtante, *l.* 6. *de Alimentis vel cibar. legatis.* At ſumtus ſtudiorum filio ſuppeditare pater nullibi jubetur. Nam vox *debita pietas*, quæ in *l.* 50. *Famil. herciſc.* reperitur, non ad expenſas ſtudiorum reſtringenda eſt, ſed in genere ad quamlibet honeſtam artem & diſciplinam pertinet. Idem ad *l.* 7. §. 13. *D. & L.* 5. *C. de S. C. Macedon.* reſpondetur. Quamobrem *Meierus in Collegio Argentorat. tit. de S. C. Macedon.* §. 5. *n.* 16. recte inquit: *Pater non tenetur nec obligatur filium mittere ad academias, cum & aliæ artes ſint honorabiles, & pater præſumatur optime filio ſuo conſulere. proinde creditori, qui tali filiofamilias pecuniam ſubminiſtrat, ex SCto obſtat exceptio, cum illa pecunia filium refractarium reddat.* Quæ multo magis vera ſunt, cum pater ipſe non ſtudia, ſed aliud vitægenus ſequitur; ubi ſufficiet, filium iſtis artibus, quas pater exercet, imbui. Quod denique nobis de favore ſtudiorum & emolumentis, quæ ex illis in rempublicam redun-

redundant, objicitur, nihil nos movet. Quin nos potius, etsi id paradoxum aliquibus videbitur, insanabile illud, quod Germanos nostros invasit, studendi cacoethes & maximam, quæ patriam nostram inundat & commercia atque ceterarum bonorum artium exercitium magnopere impedit, studiosorum frequentiam reipublicæ insigniter nocere arbitramur. Ne audaciores videamur, non nostris, sed *Auctoris Status præsentis Anglici P.* 1. *c.* 20. verbis in Latinam linguam translatis utemur: Institutio tot academiarum & scholarum maiorem zelum quam prudentiam indicat. Plerique enim eorum, qui ad illas mittuntur, vel egestate vel imbecillitate ingenii, vel otio & luxuria, ut solidam eruditionem acquirere nequeant, impediuntur. Omnis igitur fructus, quem ex vita sua academica capiunt, in eo consistit, ut, male consumtis septem aut octo annis, jam inhabiles ad agriculturam, fabricas & commercia exsistant, atque necesse habeant, servire aliis vel vilia scribarum aliaque eius generis munera ambire, vel causidicos se & rabulas facere. Tunc paucis illis, quæ didicerunt, ad multiplicandas lites fraudandumque vulgus imperitum abutuntur. Quodsi etiam aliud vitæ genus amplectuntur vel artem aliquam discunt, tenuis tamen illa, quam ex scholis apportarunt, scientia superbos eos, intractabiles, obtemperare nescios, atque seditioni novisque doctrinis amplectendis idoneos reddit. Nullum est profecto hominum genus reipublicæ perniciosius, quam huiusmodi semidocti, qui, vel nihil plane vel plus eruditionis acquisivissent, magis subjecti & fideles principi atque obedientes magistratui forent. Quamobrem Hispaniarum Rex, habito cum Purpuratis de reformandis malis regni moribus consilio; post diuturnam deliberationem, statuit tandem, inter ceteros abusus tollere imprimis multitudinem scholarum, puerosque ad commercia, fabricas, agriculturam & opificia applicare. Ceterum

Z 2 negari

negari nequit, terram hanc nimium ſcholaſticis, & literatis abundare, munera vero, quibus præficiantur omnes, deficere. Itaque non contenti præſente conditione ſua, novis rebus ſtudent paratique ſunt ſemper ad turbas & ſeditiones. Hæc *Auctor ille*. Quæ quousque ad Germaniæ noſtræ ſtatum accommodari poſſint, aliis dijudicandum relinquemus.

COROLLARIA.

1 Filius patrem, licet ob delictum relegatum, ſequi debet.

2 Jus offerendi filios judici, dicturo ſententiam, quam pater velit, adhuc hodie patri competit.

3 Pater filium immorigerum abdicare poteſt. Nec obſtat *l. 6. C. de Patria poteſtate.*

SPECIMEN XIIX.
MEDITATIONUM AD PANDECTAS
AD LIB. I. TIT. VI.
DE
REVERENTIA PARENTIBUS DEBITA.

PUBLICE DEFENSUM
A
FRIDERICO ERNESTO WERNER,
D. XII. DECEMBR. ANNI CIↃ IↃ CC XIII.

I.

Mater naturaliter plus juris in infantem habet, quam pater, & pater poteſtatem ſuam ex pacto cum matre conſequitur.



obbeſii hæc ſententia eſt rectæ rationi & juri civili convenientiſſima. Ita enim ille *in Cive cap.* 9 *n.* 3. *Originale*, inquit, *in libros dominium matris eſt. Et apud hominem non minus, quam cetera animantia, partus*

tus ventrem sequitur. Deinde *n.* 6. *In statu*, ait, *naturæ*, *siquidem mas & femina societatem contrahant, ita, ut alterius imperio non subsit, nati ex iis matris sunt, nisi aliter pactis provisum sit. Pactis enim mater de jure suo disponere potest, prout velit. In civitate vero, si contractus sit inter matrem & fœminam ad cohabitationem, liberi geniti patris sunt; quia in omnibus civitatibus imperium domesticum viri est.* Ostendemus vero hanc doctrinam & juri naturali & civili exactissime convenire. Quod ad jus naturæ attinet, duæ sunt, quas Hobbesius affert, rationes. Prima est, quod mater infantem, qui modo nascitur, statim in potestate habet, ut eum vel educare vel exponere suo arbitrio possit, atque adeo, dum educat, ea lege id facere videtur, ut sibi obediat. Altera ratio est, quod sciri non possit, cuius patris filius sit, nisi indicio matris; eius igitur esse debeat, quem mater vult eum esse, & proinde matris. Sed præter hæc duo argumenta aliud nobis longe fortius, ut putamus, suppetit. Ulpiano illud acceptum ferimus, qui in L. 1. §. 1. *de Inspiciendo ventre*: *Partus*, inquit, *antequam edatur, mulieris portio est, vel viscerum.* Quam igitur mulier in se & viscera sua habet potestatem, eadem ipsi in partem eorum, nempe in infantem, competit. Neque illam potestatem per editionem in lucem amittit, cum hoc beneficium jus eius non minuere, sed augere debeat. Accedit, quod mater, gestando alendoque intra viscera sua infantem, plus ei, quam pater, tribuere videatur. Eadem Philosophia priscorum JCtorum nostrorum fuit. Illi enim infantem, extra matrimonium natum, non patrem, sed matrem sequi eiusque juris esse voluerunt *l.* 24. *de Statu hominum*, eum vero, qui in matrimonio nascitur, patri addixerunt *pr. I. de Patria potestate*, propterea scilicet, quod mater per nuptias ipsam se quodammodo mariti potestati subjiciat atque adeo liberos quoque suos eidem permittat. Ex eodem fundamento est,

 quod

quod infans ex servo & ancilla natus ad ancillæ dominum *l.* 5. 1. *de Statu hominum*, fœdus animalium ad dominum femellæ pertineat *l.* 5. §. 2. *de Rei vindicat.* Quæ juris Romani principia, rectæ rationi maxime conformia, censuram *Grotii de Jure belli ac pacis lib.* 2. *c.* 5. *n.* 29. *&* *c.* 8. *n.* 18. non merentur. Restat ut contrariam eorum, qui jus omne vel potissimum patri in infantem tribuunt, sententiam examinemus. Potissimum scilicet illi ex generatione argumentum desumunt. Ita enim Orestes apud *Euripidem: Pater*, inquit, *plantavit me*, *tua autem perperit filia*, *semen ceu terra ab alio suscipiens. Absque patre vero haud unquam esse queat filius. Existimavi igitur*, *me potius auctori generis opem ferre debuisse*, *quam ei*, *quæ præbuit alimentum.* At illi ipsi, qui a nobis dissentiunt, parum roboris huic argumento inesse, animadvertunt. Nam, inquiunt, si ex causis naturalibus definiendum esset, patriue plus an matri in generatione homo debeat, dubia atque anceps futura lis esset, & forte plurimi recentiorum physicorum & medicorum matri potius quam patri faverent. Deinde fac etiam, patrem infanti plus tribuere quam matrem, quam sententiam nos quoque longe verosimiliorem existimamus, per illa, quæ *Nicolaus Hartsœker dans la Suite des Conjectures de Physique diss.* 7. affert. Exinde tamen, ut recte *Hobbesius* monet, evidens non est, patri quoque imperium in liberos competere. Neque enim inter se cohærent: ad hujus generationem ego plus contuli, ergo meum est. Aliud est argumentum, sed infirmius etiam, quo *Buddeus Exercitatione de Comparatione obligationum*, *quæ ex diversis hominum statibus oriuntur* §. 17. utitur. Refellit ibi Hobbesium ex ea sola ratione, quod per leges divinas positivas universales marito imperium in ipsam coniugem competat, quodque princeps & caput sit totius familiæ, cuius adeo imperio præcipue parendum, & cui etiam ob easdem ratio-

nes

nes liberi magis obstricti sint, quam matri. At eo loco Buddeus more multorum obliviscitur, se exercitationem juris naturæ scribere, atque argumenta ex Sacro Codice petita cum rationibus, quas recta ratio suppeditat, commiscere non debere. Ipse hoc *Hobbesius cap.* 9. §. 6. fatetur, legibus positivis imperium patri in liberos ex justo matrimonio quæsitos competere. At nos hominem extra leges positivas, quatenus solo jure naturæ regitur, consideramus. Præterea jus divinum tantum de liberis ex legitima maris & feminæ coniunctione natis agit. Nos vero de liberis sine matrimonio natis loquimur. Hi certe neque jure naturæ neque divino universali ad patrem, sed omnes ad matrem pertinent, ut exemplis, ex ipso Sacro Codice petitis, ostendere facile foret. Vide saltem 1 *Regum III.* 16. *sqq.*

II.

In statu civili liberi ex legitimo matrimonio nati magis obligati sunt patri, quam matri.

Hæc sententia nostra non solum iis juribus, quæ ex patria potestate dependent, vera est, sed in illis etiam, quæ ex reverentia naturali descendunt. Postquam enim mater per nuptias & pactum, quod illis continetur, se liberosque mariti imperio subjicit, jus suum, quod antea potius erat, eo usque remittit, ut, si cum jure patri debito collidatur, hoc præferendum sit. Neque dissentiunt a nobis Paulus, qui in L. 6. *de in jus vocando; Una*, inquit, *omnibus parentibus servanda reverentia;* & Vlpianus qui in *l.* 4. *de Curatoribus furioso*: *Pietas*, ait, *parentibus*, *etsi inæqualis est eorum potestas; æquo debebitur*. Ipsa enim recta ratio

tio satis indicat, regulam hanc tunc cessare, cum diversi parentes ita simul concurrunt, ut reverentia uno eodemque tempore omnibus exhiberi nequeat, sed dum alteri officium præstas, alter negligendus sit. Tunc certe alterutrius jus superius esse debet. Atque patrem eo casu præferre debebit soboles, cum ei dublici vinculo obstricta sit, reverentiæ scilicet naturalis & juris, quod mater in eum transtulit. Huc pertinet exemplum, quod *Seneca lib.* 7. *Controv.* 4. habet. Quidam relinquens uxorem & ex ea filium peregre profectus & a piratis captus scripsit de redemtione epistolas uxori & filio. Uxor flendo oculos perdidit, filium euntem ad redemtionem patris alimenta poscit, non remanentem alligari vult. Non poterat patri hic prodesse potestas patria, quippe quam captivitate amiserat. Itaque omnis controversia eo redibat, cui major reverentia deberetur, ubi recte Hispo Romanus: *Primæ*, ait, *partes sunt patris*, *secundæ matris.*

III.

In nuptiis liberorum, si pater consentiat, matris consensum requirere necesse non est.

Quæ in *præcedente Meditatione* dicta sunt, alio nunc exemplo illustrabimus, super quo mense Maio anni CIↃ IↃCCX. JCtorum Vitembergensium sententiam requisitam fuisse, recordamur. Puella sponsalia inierat cum juvene, adhibito consensu paterno, neglecto autem materno. Deinde cum sponsus, ut nuptiæ celebrarentur, urgeret, filia & pater pœnitentia ducti & recedere cupientes matrem subornabant, ut intercederet, atque dissensu suo consummationem matrimonii impediret. Neque deerant illi sat speciosa argumenta. Id enim certum & universali fere inter Christianos omnes consuetudine receptum est,

eſt, neceſſitatem conſenſum parentum in nuptiis adhibend non, quemadmodum apud Romanos, ex ſola patria poteſtate pendere, ſed effectum communis reverentiæ, omnibus parentibus debitæ, eſſe, atque adeo ad omnes quoque aſcendentes pertinere, ut *Carpzovius in Jurisprud. Eccleſ. lib.* 2. *def.* 44. *Sande lib.* 2. *Deciſ. tit* 1. *def.* 2. aliique oſtendunt. Cum vero in *L.* 4. *de Curatoribus furioſo & L.* 6. *de in jus vocando* una & æqua omnibus parentibus reverentia exhiberi jubeatur, mater juſte poſcere videtur, ut in deſponſatione liberorum non minus ſui quam paterni conſenſus ratio habeatur. Quoniam igitur eum plane neglexerant filia ſponſusque ejus, negabat, ſponſalia ſubſiſtere, aut ſe, ut adhuc conſentiret, compelli poſſe. Nam ſecundum *Gerhardum in loco de Conjug.* §. 89. *p.* 163. *& Heigium P.* 1. *quæſt.* 22. *n.* 63. ſi liberi, inconſultis parentibus, pure ſine conditione & reſervatione debiti illis honoris ſponſalia contraxerint, hic ſolus contemtus juſtiſſima per ſe diſſenſus cauſa eſt, ut parentes, etſi nullam aliam habeant, nunc tamen ad conſentiendum cogi nequeant. Verum iſtæ nos rationes non movent, ut propter eas, ſponſalia hæc diſſolvi debuiſſe, exiſtimemus. Fatemur equidem, liberos hoc omnibus parentibus debere, ut in ſponſalibus & nuptiis ſuis eorum conſenſum requirant. At, ſi plures concurrant, eum ſolum conſulere oportet, cujus jus potius eſt. Nam, cum hic auctoritate ſua reliquorum diſſenſum vincat, ſupervacuum prorſus foret, eorum, qui tamen diſſentire & negotium impedire nequeunt, conſenſum implorare, cum ejus tantum ſit velle, cujus eſt nolle, *L.* 3. *de Regulis juris.* Eſſe autem patris jus potius, ex iis, quæ antea diximus, apparet, magisque per *L.* 195. §. 2. *de Verb. ſign.* confirmatur, in qua materfamilias ipſa poteſtati mariti ſubjicitur. Quapropter recte *Bergerus in Reſolut. Lauterb. p.* 530. matris, quoad vivat pater, nullam rationem haberi ait, & JCti Vitembergenſes

in casu modo memorato responderunt: daß Beklagter seine Tochter an Klägern zu verheyrathen schuldig; subiectis rationibus: Es will Kläger Beklagtens Tochter zur Ehe haben, und hat wider deren Vater, welcher sich nebst der Mutter und Tochter dieser Verheyrathung widersetzet, einen auf seiner Seite guten Bescheid erhalten. Dagegen Beklagter aus folgenden Ursachen Supplication eingewendet. Fürnemlich giebt er vor, sey das von Klägern mit seiner Tochter eingegangene Ehe-Versprechen heimlich geschehen, indem, wenn er selbst gleich in solche Ehe gewilliget zu haben überzeugt würde, solches doch keines Weges der Mutter, deren Consens nach der in gantz Teutschland eingeführten Gewohnheit, sowol, als des Vaters seiner, vonnöthen ist, schaden könne; als welche bey dieser Ehe-Sache niemals um ihre Einwilligung angesprochen worden, solche auch weder expresse noch tacite ertheilet; wozu ferner kommt, daß die Mutter nicht allein, weil man sie bey dem Ehegelöbniß übergangen, sondern auch wegen Klägers Armuth, als welcher die Tochter nicht ernähren kan, justam dissentiendi causam zu haben, also, wenn gleich der Vater bey dem einmal gegebenen Consens verbliebe, dennoch mit ihrem legitimo dissensu solchen zu überwiegen scheinet; bey welcher Bewandtniß es das Ansehen gewinnet, ob habe die Obrigkeit sattsame Ursache, Beklagte von der angestellten Klage schlechter Dings los zu zählen. Alldieweil aber die heutigen Rechte, welche ausser des Vaters auch der Mutter Einwilligung zu Verheyrathung der Kinder erfodern, nur von dem Fall, wenn der Vater nicht mehr vorhanden, zu verstehen seynd; da hingegen, wenn dieser annoch lebet, und als das caput familiæ, unter dessen Bothmäßigkeit die Mutter selbst einiger maßen stehet, consideriret wird, der Mutter Consens zu erfodern ganz nicht vonnöthen ist, überdies die Armuth des Bräutigams von denen Rechtslehrern, darunter *Carpzovius Jurispr. Consist. l. 2. d. 55* vor keine genugsame Ursache zu dissentiren gehalten wird; So haben wir es billig bey vorigem Urthel gelassen.

IV.

IV.

Reverentia & alimenta naturalia parentibus, impiis licet erga liberos existentibus, debentur.

V.

Argumentum ab exheredatione ad alimentorum denegationem non valet.

Per delicta parentum non tolli reverentiam, quam illis liberi debent, nec alimenta eis propterea denegari posse, certum & in jure quoque nostro fundatum est. Ita enim Justinianus in *Novella* 12. *c.* 2. liberis præcipit, ut parentes, qui incestum commisere, pascant, & alia necessaria præbeant, additque: *licet legum contemtor & impius sit, tamen pater est.* Illud vero plus dubii habet, an pater, qui impius erga filium extitit, gravemque ei & exheredatione dignam iniuriam intulit, indignum se propterea reverentia & alimentorum præstatione reddat. Fac enim, quemadmodum apud *Quintilianum Declamatione* 5. est, filium a piratis captum de redemtione ad patrem scribere, ab eo autem non redimi: deinde ruptis vinculis fugere, & reversum a patre egente de alimentis interpellari. Aut finge, quale exemplum apud *Senecam l.* 1. *Controv.* 7. reperitur, filium, a piratis captum, scribere patri de redemtione, patrem vero piratis epistolam scribere, si præcidissent manus, duplum se daturum; illum tamen illæsum a piratis dimissum patrem deinde egentem alere nolle: Rectene filius, tantopere a parente offensus, alimenta ei denegabit. Pro filio negante afferri poterit, quod ab exheredatione ad alimentorum præstationem argumentum duci queat, & quod mutua inter parentes liberosque obligatio? una parte in officio suo cessante, ex altera quoque parte tollatur. Nihilominus tamen pro patre respondendum eique alimenta præstanda esse putamus. Reverentia enim & necessitas alendi

ex ipsa natura descendit, atque adeo facto patris non tollitur. Neque ab exheredatione ad alimentorum exhibitionem argumentum trahere licet, etsi *Bartholus ad L.* 5. §. 11. Idem judex *de Agnoscendis & alendis lib.* hoc faciat. Legitima enim parentibus & liberis ex legis civilis dispositione alimenta, quemadmodum diximus, ex ipsa natura debentur. Ergo illa facilius quam hæc, adimitur. Neque in mutuis obligationibus per unius partis cessationem confestim alterius quoque partis nexus solvitur. Sed & rectæ rationi & juri quoque civili longe convenientius est, tametsi alter officium suum non faciat, alterum tamen obligatum manere, & eum, qui cessavit, ut satisfaciat sibi, compellere posse. Vide *L.* 14. *C. de Rescindenda venditione.* Dicta tamen de alimentis saltem naturalibus, quæ scilicet ad vitæ sustentationem necessaria sunt, intellecta volumus. Nam alimenta civilia, quæ pro ratione dignitatis & facultatum ultra necessitatem debentur parenti male merito recte denegantur, arg. *L.* 5. §. 11. *de Agnosc. & alendis liberis.*

VI.

Obligatio erga liberos vincit obligationem erga parentes.

Equidem non desunt rationes, quæ assertionem hanc dubiam reddant, atque obligationem erga parentes fortiorem facere videantur. Nam præter sanguinis vinculum & necessitudinem arctissimam stat quoque pro parentibus lex gratitudinis, atque, ut immortalia eorum de liberis suis merita obsequio, reverentia & officiis pensentur, poscit. Verum enim vero etsi in obligatione erga liberos hoc gratitudinis vinculum deficiat, illud tamen, quod ex ipso facto generationis descendit, tam forte est, ut cetera omnia vincat, nec opus sit, aliud requirere. Parentes certe, dum liberos

liberos procreant, illis se arctissime non solum, ut *Buddeus de Comparatione obligationum, quæ ex diversis hominum statibus oriuntur* §. 19. putat, ad alimenta præbenda, sed ad officia omnis generis exhibenda obligant. Accedit tenerrimus ille instinctus naturalis, cujus fere rationes reddi nequeunt, quo parentes suam quoque vitam liberorum saluti postponunt. Itaque non dubitaverimus asserere, eum, qui patrem suum & filium simul periclitari videt, & utrique suppetias ferre nequit, huic potius succurrere debere non ex ea, quam *Buddeus* affert, ratione, quia a filio majora commoda exspectare respublica & humani generis societas possit, quam a sene, cui per naturæ conditionem jam vitæ finis imminet, sed quoniam naturalis instinctus & obligatio erga liberos fortior est, omnes fere gentes hoc agnovisse, atque propterea in successione hereditaria descendentes adscendentibus prætulisse videntur. Memorabilia sunt Papiniani in L. 7. §. 1. *Si tabulæ testamenti nullæ* verba: *Non sic parentibus liberorum, ut liberis parentum debetur hereditas. Parentes ad bona librorum ratio miserationis admittit, liberos natura simul & parentum commune votum.*

COROLLARIA.

1. Obligatio erga Principem vincit obligationem erga patrem.
2. Hodie, cum parentes a liberis in jus vocantur, veniæ impetratione opus non est.
3. Peccant filii contra reverentiam, qui interdictum unde vi & actionem spolii adversus parentes instituunt. *L. 7. §. 2. de Obsequiis parentibus.*

SPECIMEN XIX.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. I. TIT. VI.

DE

LEGITIMATIONE

PVBLICE DEFENSVM

AB

HENRICO JACOBO SMALIAN,

MAGDEBVRGENSI.

D. XXX. DECEMBR. ANNI CIↃ IↃ CCXIII.

I.

Subsequens matrimonium non solum liberos, sed & matrem legitimat.



Mulier, quæ ſtupro ſe polluit, ſine dubio infamis fit. Cum enim ſtuprum publicum delictum ſit, §. 4. *I. de Publicis judiciis*, publica vero delicta omnia infamiam irrogent, L. 7. *de Publicis judiciis*, ſtuprata certe integram exiſtimationem conſervare nequit. Illud vero dubium eſt, an ſtuprata huiusmodi, ſi ſtupratori nubat, famam ſuam recuperet. Aiunt *Covarruvias*, *Tuſchius*, *Barboſa* & alii. Sed argumentum, quo utuntur pro ſtabilienda ſententia ſua, infirmius videtur. Deſumunt illud ex L. 8. *de Senatoribus* & L. 13. *de Dignitatibus*, ubi mulieres maritorum, quibus nubunt, dignitatem & exiſtimationem conſequi dicuntur. Sed hæc ratio, quæ in muliere ab alio viro honeſto in matrimonium ducta valere poterit, tunc locum non inveniet, cum ſtuprata ſtupratori nubit. Hic enim, cum exiſtimationem per com-

commissum stuprum ipsa amiserit, uxori suæ famam, quam non habet, dare nequit. Itaque ut verum fateamur, hæc sententia, quod stuprata stupratori nubens integram existimationem recipiat, in jure civili fundata non est; fundamentum tamen habet primo in æquitate, deinde in favore matrimonii, qui secundum jus canonicum & mores summus est, denique in usu fori. Quapropter & nos eandem retinebimus. Recordamur quoque, JCtos Vitembergenses secundum illam mense Maio anni CIƆ IƆ CCX. respondisse. Interrogabantur illi, an vidua opificis, quæ a ministro suo stuprum passa, sed postea in matrimonium ducta erat, ab exercitio opificii arceri deberet? Ceteri opifices, qui eam in collegio suo ferre nolebant, urgebant maxime, infamem non solum secundum jura communia *L. un. C. de Infamibus L. 2. C. de Dignitatibus* ab omnibus dignitatibus honestisque collegiis excludi, verum id quoque in collegii sui statutis expresse juberi. Nihilominus tamen, eam relinquendam esse in collegio, censuit dictus JCtorum Ordo; propterea, quod per ea, quæ antea diximus, femina stuprata secuto matrimonio legitimetur, & quasi in integrum restituatur, atque adeo ea omnia, quæ per delictum amisit, recuperet. arg. L. 1. *de sententiam passis*, ibi: *ut autem scias, quid sit in integrum restituere, honoribus & ordini tuo & omnibus ceteris te restituo.* Sed afferemus ipsa responsi verba collegio isti opificum dati: Hat Michael S. eines Fleischers Witwe 4 Jahr nach ihres Mannes Tode das Handwerk fortgesetzet, nachgehends aber sich von ihrem Knecht schwängern lassen, solchen auch nunmehr zur Ehe genommen; Da ihr denn, ob dieselbe sich der Fleischer-Innung verlustig gemacht, und aus selbiger gestossen werden könne, zu wissen verlanget. Ob nun wol alle diejenige, so ein delictum publicum, dergleichen auch die Hurerey ist, begehen, vor infam oder anrüchig zu halten, folglich von allen Ehren-Aemtern und Handwerkern auszu-

schlies-

schliessen seynd, hierüber in euern Innungs-Artikeln, daß eine ihrer Ehren geschwächte Frau nicht mehr in der Fleischer Versammlung kommen solle, deutlich enthalten, endlich daß besagte Wittwe vor begangenem stupro ihr die Ehe versprechen lassen, nicht zu befinden; diesemnach es das Ansehen gewinnet, ob wäret ihr obbemeldete Michelsche, nunmehr an Erdmann G. verheyrathete Witwe aus dem Handwerk zu stoßen wol berechtiget; Dennoch aber und dieweil der durch das begangene Stuprum verursachte Schandfleck durch die nachgehends erfolgte Ehe aufgehoben, und die Stuprata dadurch wieder zu Ehren gebracht worden, immassen bewehrte Rechtslehrer behaupten; bey welcher Bewandniß nicht allein die Infamia, sondern auch derselben effectus hinweg fallen, und die anrüchige Person alle ehemals gehabte Rechte und privilegia wieder empfänget, und dafür gehalten wird, als ob sie niemals dergleichen Delictum begangen; wie denn auch eure Innungs-Artikel nur eine solche Frau, welche noch wirklich an ihren Ehren geschwächet ist, von dem Handwerk verstossen, endlich, gestalten Sachen nach, und da, wie obgedacht, vermittelst der erfolgten Ehe die vorige Macula gänzlich abolirt worden, daraus, daß keine sponsalia vorhergegangen, etwas widriges nicht zu erzwingen; So seyd ihr Erdmann G. Eheweib aus der Fleischer-Innung wegen der von ihr ehemals begangenen Hurerey zu stossen nicht befugt.

II.

Filia illegitimâ, viro honesto in matrimonium collocata, legitimatur.

Hunc legitimandi modum iis, qui communiter ab interpretibus juris afferuntur, adhuc addimus, quamvis non ignoremus, plurimos esse, qui a nobis dissentiunt, Doctores. Sunt inter hos *Heigius* & *Strykius*, quorum ille *P.* 1. *Quæst.* 21. *n.* 62. *sqq. Ambigo*, inquit, *an per matrimonium nota & macula deleatur, & legitimi reddantur natales*

natales. Nam quod quidam argumentum ſumunt ex L. Si quis C. de Natur. liber. obſoleta jam fortuna curiali, amplius non obtinet. Ac licet Paulus 1. Corinth. 7. vers. 14. dicat, maritum infidelem ſanctificari uxori, & hanc viciſſim marito, liberosque eorum ſanctos eſſe, & Hebræorum 13. vers. 4. honorabile eſſe inter quosvis conjugium & cubile impollutum: non tamen auſim ex eo ratiocinari, hinc veluti novum legitimandi modum procedere, quem a Juſtin. & aliis Chriſtianis Imperatoribus omiſſum ſciamus, aliosque certos modos ſtatutos, quibus macula illa turpitudinis deleatur. Et poſſunt hæc ſimul ſtare, ut inter conjuges ſanctum ſit matrimonium, cum unus illis cum omnibus ſit Deus, qui illud inſtituit, & nihilominus maneant inter cives ordinum diſcrimina. Strykius vero in Vſu moderno tit. de his, qui ſui vel alieni juris §. 20. Communio, ait, juris maritalis non extendenda ultra legum indulgentiam, nuspiam vero per matrimonium illi perſonæ, quæ vitio natalium laborat, conſuli poſſe, lege cautum. Verum etſi ipſi non diffideamur, argumentum ex L. 3. C. *de Naturalibus liberis & Novella* 89. *c.* 2. §. 3. ubi de filia naturali, viro curiali, nubente, agitur, nec non ex Sacro Codice deſumtum, quo DD. in ſtabilienda ſententia noſtra utuntur, infirmius eſſe, aliud tamen nobis longe fortius ſuppetit. Scilicet ex L. 8. *de Senatoribus & L.* 9. C. *de Incolis* conſtat, omnem dignitatem & honorem, quo maritus gaudet, in uxorem transferri. Uxores enim coruſcant radiis maritorum, ut in *Novella* 105. *c.* 2. *pr.* Juſtinianus loquitur, & licet plebejæ, tamen genere quoque ſecundum L. 13. C. *de Dignitatibus* nobilitantur. Quodſi igitur genus, honorem, nobilitatem omniaque privilegia a maritis conſequntur, neceſſe eſt quoque, ut macula, quam illegitima nativitas adſperſit, per easdem nuptias abſtergatur, cum, ſi ea remaneret, uxores jurium mariti participes fieri non poſſent. Accedit matrimonii favor, quem hodie longe maiorem eſſe, quam olim fuerit, ſupra jam diximus.

III.

Filius, qui per subsequens matrimonium legitimatur, tunc primum natus esse censetur.

Elegans est, quam *Tiraquellus* nobis de *Jure primigeniorum quæst.* 34. suppeditat, quæstio. Quidam bonorum immobilium possessor, in quibus sive per fideicommissum, sive per consuetudinem jus primogenituræ receptum est, ex concubina filium suscipit, deinde nuptias cum alia honesta femina celebrat, atque ex hac liberos legitimos procreat, ea vero defuncta, concubinam, ex qua filium naturalem habebat, in matrimonium ducit. Postea controversiæ super successione in bona ipsius oriuntur, filio legitimato sibi eam ex jure primogenituræ vindicante, contradicentibus liberis legitime natis, atque sese primogenitos esse asserentibus. Jam diu ista lis Doctorum ingenia exercuit, atque maximam opinionum discrepantiam produxit. Alii, intermedium matrimonium legitimationem filii naturalis antea nati plane impedire, existimarunt. Alii, filium per subsequens matrimonium legitimatum juris primo genituræ capacem esse, prorsus negarunt, & filios etiam, post legitimationem natos, ei proposuerunt. Alii legitimatum per subsequens matrimonium filio ex intermediis nuptiis nato antetulerunt, ex ea maxime ratione, quod legitimationis tempus per fictionem juris Romani retrotrahatur ad tempus nativitatis. Alii denique, cum quibus & nos sentimus, liberis ante legitimationem susceptis jus primogenituræ tribuerunt. Nam, ut de æquitate primum naturali dicamus, hæc utique exigit, ut ei, cui semel jus quæsitum est, illud per patris factum deinde non auferatur. Equidem *Bachovius ad Treutlerum vol. 2. disp. 16. th. 2. lit. D.* ubi more suo communem hanc sententiam subtiliter impugnat, negat, liberis legitimis, cum adhuc superest concubina & liberi ex ea nati, jus quæsitum dici

dici posse, sed pendere potius propter incertum eventum secuturæ legitimationis. At cum jus primogenituræ ex lege vel consuetudine vel dispositione maiorum oriatur, non potest id ex arbitrio & facto patris pendere, sed statim, cum quis nascitur, ei acquiritur. Idem juri civili convenit, secundum quod ea, quæ semel nostra sunt, sine facto nostro ad alium transferri nequeunt, L. 11. *de Regulis juris*. Jus quoque canonicum priorem tempore potiorem jure esse jubet c. 54. *de Regulis juris in sexto*. Neque fictio illa & retrotractio ad tempus nativitatis nobis obest. Ipsæ leges nostræ tantam fictionibus suis auctoritatem non tribuunt, ut per eas veritas & jus tertii intervertatur. Vide L. 23. *pr. de Liberis & posthumis*, ibi: *ne imagine naturæ veritas adumbretur*. Accedit, quod moribus Germanorum, ut egregie *Schilterus Exerc.* 36. §. 132. ostendit, alia est natura legitimationis, neque fictiones Romanæ amplius in illa attenduntur. Quæ etsi verissima sint, aliquando tamen apud Scotos contrarium observatum fuit. Cum enim Rex eorum Stuartus tres liberos ex Elisabetha Mora concubina & duos ex Euphemia, legitima matrefamilias, haberet, ducta deinde in uxorem concubina, comitiis Sconam indictis obtinuit, ut, præteritis filiis legitime natis, Joannes ex concubina primogenitus, qui se post inaugurationem Robertum II. appellari jussit, successor in regno desingnaretur. Sed liberi legitimi propter factam sibi, ut putarunt, iniuriam tantos excitarunt tumultus, ut, quemadmodum *Buchananus Rerum Scoticarum libro* 9. memorat, numerosam familiam prope extinxerint.

IV.

Legitimatio per rescriptum principis omnem maculam abstergit.

Per subsequens matrimonium tantum liberi naturales, per rescriptum principis incestuosi etiam & spurii, seu, uti eleganter a *Plauto in Cistellaria act.* 1. *sc.* 1. *versu* 42. appellantur, ex patribus conventitiis nati legitimantur. Legitimatio tamen per rescriptum principis secundum receptam Doctorum sententiam tantum juris; quantum subsequens matrimonium, non tribuit, cum hoc liberos legitimatos in omnibus liberis legitimis exæquet. At, qui a principe legitimantur, in nonnullis capitibus deterioris sunt conditionis. Nam nec in feuda succedunt, nec nobilitatem & insignia patris consequuntur, nec cum liberis, ante legitimationem natis, ad hereditatem paternam admittuntur; quibus juribus tamen liberi per matrimonium legitimati, nisi contraria lex vel consuetudo adsit, fruuntur. An vero propterea macula aliqua adspersos dicemus legitimatos per rescriptum principis? Existimat *Baldus* & cum eo *Mylerus ab Ehrenbach in Gamologia* c. 25. §. 10. *Nec*, inquiens, *hoc negari potest, quod bastarto legitimato semper aliqua turpitudinis nota adhæreat, & quod spurius legitimatus similis sit homini curato a vulnere in facie illato, cujus cicatrix ubivis in oculis virorum illustrium versatur.* Verum enim vero ex eo, quod legitimatus a principe non paria cum legitime natis jura habet, non consequitur, ipsum turpitudine aliqua laborare. Jura certe nostra omnem maculam per rescriptum principis aboleri ducunt. Vide L. 23. §. 1. *C. de Nuptiis* ibi: *omni macula penitus direpta, & quasi suis natalibus hujusmodi mulieribus redditis, neque vocabulum inhonestum eis inhærere volumus.* L. 57. §. 1. *de Ritu Nuptiarum* ibi: *perinde atque si legitime concepti fuissent.* Qui contra sentiunt, de potestate principis dubitare atque in eam, ut cum legibus nostris loquamur, sacrilegi esse videntur. Equidem non ignoramus, plebi eam, quam semel de turpitudine spuriorum imbibit, persuasionem nullo principis

rescripto, nullo pœnarum metu adimi posse. Scimus quoque id, quod apud Gallos in proverbium abiit, *Jamais fils de putain ne valut rien;* & inter nostros vulgo perhiberi, spurium videlicet, quantumcunque legitimetur, nunquam tamen frugi fieri. At vanas populi voces audiendas non esse, Imperator in L. 12. §. 1. C. *de Pœnis ait. Et miseros* nos profecto, si, quod nonnullos facere animadvertimus, arbitrium existimationis nostræ plebi permittamus.

V.

Liberi ex matrimonio incestuoso vel adulterino nati, si unus tantum ex parentibus in justo errore sit, legitimatione opus non habent.

Liberi ex nuptiis putative justis, quas scilicet parentes eorum, ut L. 4. C. *de Incestis & inutilibus nuptiis* loquitur, contra legum quidem præcepta, sed errore acerrimo, non affectato insimulatove, neque ex vili causa decepti celebrarunt, nati an legitimatione opus habeant, disquiritur. Secundum jus Romanum id affirmandum videtur L. 58. §. 1. *de Ritu nuptiarum ibi: confirmamus statum liberorum vestrorum perinde, atque si legitime concepti fuissent.* At jus canonicum, quod mores hac in parte sequuntur, legitimationem non requirit, sed infantem hujusmodi, tametsi alter parens in dolo, alter vero in errore fuerit, legitimos esse jubet c. 14. *X. Qui filii sint legitimi.* Secundum quod *capitulum* JCti Helmstadienses apud *Hahnium ad Wesemb. tit. de his, qui notantur infamia n. 2.* judicarunt, eum, qui, vivente prima uxore, aliam ignorantem duxerat, atque ex ea filium susceperat, puniri quidem, tanquam binubum, sed sobolem illam legitimam esse, & ad collegia admitti debere.

COROLLARIA.

1 Spurius, quem princeps dignitati admovet, hoc ipso tacite legitimatur arg. §. 2. l. *Quibus ex caussis manumittere.*

2 Liberi illegitimi per rescriptum principis, etiam invito patre, legitimari possunt.

3 Formula quæ rescriptis plerumque inseritur, daß der legitimatus des Erbgangs-Rechts ab intestato fähig gemacht seyn solle, jus succedendi non tribuit; nisi is, de cujus hereditate quæritur, consenserit.

SPECIMEN XX.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. I. TIT. VII.
DE
ADOPTIONE
PVBLICE DEFENSVM
A
JOANNE HENRICO WERLHOFIO,
D. III. FEBBR. ANNI CIƆ IƆ CC XIV.

I.

Germani veteres, & Franci maxime, adoptionem in usu habuerunt.



Variæ adoptionum species apud veteres Germanos usitatæ fuisse referuntur, ut per baptismum, per arma, per comam & capillos aliasve ceremonias. Verum an hæ proprie ita dictæ adoptionis nomen sustinere possint, vel adeo magnam cognationem cum Romana adoptione habeant, merito dubites. Sane patriam potestatem vel successionem illas tribuisse, non apparet, adeoque infirmum inde argumentum ad probandum

bandum genuinæ adoptionis apud maiores nostros usum duci poterit. Neque maioris ponderis est ratio, quam ex jure Saxoncio Landrecht L. *II. art.* 30. desumit *Schilterus exercitatione ad Pandectas III.* §. 16. Articulum enim istum de translatione hereditatis in alium ex titulo donationis vel conventionis in judicio facienda loqui, extra controversiam est. Ita enim ille: wer im Erbe zusaget nicht von Sippschafft oder Erbe, sondern von Gabe oder Gedings wegen, das soll man halten vor Unrecht, und nicht glauben, man möge dann gezeugen, daß das Gelübde vor Gericht bestätiget sey. Quæ verba ita clara sunt, ut glossæ, ad adoptionem ea detorquentis, auctoritatem nihil nativæ eorum explicationi officere posse arbitremur. Sed meliori fundamento innituntur quæ ex jure & historia Francorum hanc in rem adferuntur. Frequens in illorum monumentis fit adoptionis, adfiliationis & affiliationis mentio, ut du Fresne in glossario sub his vocibus ostendit. Exstat deinde sanctio Caroli magni in *L. VI. capitularium* eius c. 212. editioni Baluzianæ, eademque in *legibus Longobardicis* iisdem fere verbis *l. II. tit.* 16. qui de adoptionibus, inscribitur, repetitur. Adoptionem, quæ ibi memoratur, eandem fere cum antiqua illa Romana fuisse, eosdemque præcipuos effectus habuisse, apparet, si formulas adoptionum, quales *l. II. formularum Marculfi c.* 13. inter *Sirmondicas c.* 23. & inter *Lindenbrogianas c.* 58. & 59. inveniuntur, conferamus. Nam & patriam potestatem adoptanti dedit, & jus succedendi in adoptatum transtulit. Huc quoque pertinet *legis Ripuariorum c.* 48. cuius hæc sunt verba: *si quis procreationem filiorum vel filiarum non habuerit, omnem facultatem suam in præsentia regis, sive vir mulieri, vel mulier viro, seu cuicumque libet de proximis vel extraneis, adoptare in hereditatem vel in adfatimi per scripturam seriem, seu per traditionem, & testibus adhibitis, secundum legem Ripuariam licentiam habeat.* Quæ in hoc capitulo

capitulo occurrit vox *adfatimi*, & ab aliis medii ævi scriptoribus *affatomia*, *affatomie*, *affatimus* appellatur, significat symbolicam traditionem rei donatæ, quæ per festucam in sinum donatarii coniectam fiebat. Denique illustria adoptionum exempla ex rerum Francicarum scriptoribus proferri possunt. Ita *Gregorius Turonensis l.* 3. *c.* 24. memorat, Theodebertum a Childeberdo accersitum fuisse, ut pro filio haberetur. Ne quid tamen dissimulemus, dubium est, verane inter eos intercesserit adoptio, an vero Childebertus benevolentiam saltem suam Theodeberto, tributo filii nomine muneribusque datis, declararit. Sunt alii, qui Childebertum, Grimoaldi, majoris domus, filium a Sigeberto III. adoptatum tradunt, quos tamen optime refellit *Schurtzfleischius de regno Austrasiæ c.* 1. §. 15. Clarius longe exemplum legimus apud *Aimonium de gestis Francorum l.* 3. *c.* 28. de Childeberto scilicet Austrasiæ rege a Guntramno rege Burgundionum adoptato, quæ adoptio, dissensione postmodum orta composita, denuo solemniter confirmata est, Childebertusque regnum Guntramni jure adoptionis tenuit, uti expresse loquitur *Aimonius l.* 3. *c.* 84.

II.

Adoptionum jura in Germania ab usu nondum recesserunt.

Multi sunt, qui adoptionis jura in foris Germaniæ locum non habere contendunt, sed parum firmis, ut nobis quidem videtur, rationibus. Nam quod objiciunt, numquam jura ista apud Germanos fuisse recepta, illud sane veritati conveniens non est. In præcedente jam meditatione ostendimus, Germanos ante quoque, quam jus Roma-

Romanum reciperent, adoptionem in uſu habuiſſe. Sed fac etiam, ipſos eam ignoraſſe. Quum tamen in genere jus Romanum in imperio noſtro tanquam jus commune ſive expreſſe ſive tacite receptum eſſe conſtet, ita, ut in ſubſidium ex eo deciſio peti debeat, quoties caſus obveniens ex ſtatutis & honeſtis conſuetudinibus aut domeſticis legibus Germaniæ decidi nequit, etiam hac in parte receptum præſumetur, partique adverſæ contrarium ſtatutum vel conſuetudinem vel jus novius producere incumbet. Sunt, qui ex ſilentio ſtatutorum particularium in deſuetudinem abiiſſe hæc jura demonſtrari poſſe putant. Verum hi ſi conſideraſſent, quod ſtatuta, ubi deficiunt, ex jure communi ſint ſupplenda, & præterea quoque variorum locorum jura ſtatutaria inſpexiſſent, forſan aliter longe judicaſſent. Nobis in præſenti indicaſſe ſufficiat *ſtatuta Hamburgenſia p. 3. tit. 1. §. 38.* ibi: ſo er andere Kinder für ſeine eheliche Kinder annimmt. Wirtembergiſches Landrecht *p. 4. t. 22. §.* Aber auf die an Kindesſtatt angenommene. *Schurtzii jus Francofurtanum ad Mœnum reformatum P. V. t. 1. §. 5.* Neque magis generalem aliquam abrogationem evincet auctoritas JCtorum maxime Belgarum *Gudelini*, *Vinnii*, *Grönewegenii*, *Voetii*, & ſimilium, quum hos de ſolis provinciis ſuis teſtari vel voluiſſe vel potuiſſe ſatis appareat. Equidem *Voetius ad tit. ff. de Adoptionibus* §. 7. adoptionem neque noſtris neque gentium aliarum moribus amplius frequentatam inveniri; nec, ſi de facto interveniret, adoptivos hodie liberorum ſed magis alumnorum cenſeri loco, etiamſi nominatim ſic adoptati conciperentur, ut liberorum gauderent jure, adeoque nec patri adoptivo ab inteſtato ſuccedere, nec liberorum venire appellatione, affirmat. Verum fidem ille meretur nullam. Certe in Friſia, quam propterea *Voetius* per irriſionem, ut videtur, religioſiſſimam, Romani juris cuſtodem appellat, etiamnum jura hæc ob-

servari probat *Huberus in praelectionibus ad tit. 1. de adoptionibus* §. 14. Quin maximum quoque pondus sententiae nostrae adfert concessio facultatis adoptandi & arrogandi, ac adoptiones adrogationesque confirmandi comitibus Palatinis hodie fieri solita, cuius rei testimonia ex diplomatibus sibi dati *Joannes Philippi in usu practico Institutionum tit. de adoptionibus ecloga* 73. §. 5. *&* *Strykius in usu moderno Pandectarum tit. de adopt.* §. 3. adferunt. Quid enim quaeso hac concessione opus foret, si adoptiones earumque jura plane exolevissent. Dicis non adeo tamen frequenter, imo rarissime adoptionis materiam in praxi occurrere. Verum licet etiam concederemus, rariores esse adoptiones hodie quam apud Romanos, quid istud usui legum illarum officeret? Nullae profecto leges ante applicari usumque suum exserere possunt, quam casus in illis suppositus existat. Neque tamen deficere exempla, vel adeo rara esse, celeberrimorum Jureconsultorum decisiones, responsa & consilia e. g. *Marpurgensia*, *Tubingensia*, *Argentoratensia*, item *Schurffii*, *Coleri*, *Lynkeri* aliorumque inspicientibus patebit. Et plura quoque illustrium adoptionum in Germania factarum exempla congessit *Kulpisius in dissertatione de adoptionibus & emancipationibus principum* §. 32. *seq.* Nos unicum adferemus ex historia seculi XVI. depromtum. Ludovicus mansuetus, Elector Palatinus, decesserat, relicto filio Philippo. Qui, quum primum aetatis mensem vix complesset, tutorem accepit patruum Fridericum, victoriosum postea dictum. Hic itaque, ne elapso per auream bullam statuto tempore cum tutela electoratus administrationem deponere cogeretur, pupillum suum solemniter adrogavit, atque, ut, eo magis eius commodis consuluisse videretur, jureiurando se ad servandum coelibatum obstrinxit. Contradicebant multi ex ceteris Electoribus, ob varias, quas Fridericus excitaverat,

turbas

turbas illi infensi, atque adrogationem istam aureæ bullæ, juribusque patriis contrariam esse clamabant. Ipse Imperator sæpe multumque rogatus non solum adrogationem confirmare recusabat, sed inter causas etiam, ob quas Fridericum in bannum declarabat, hanc primo loco ponebat: Daß Pfaltzgraf Friedrich von seines Bruders, Churfürst Ludewigens Absterben an, ungeachtet derselbe einen Chur- und Erb-Printzen hinterlassen, wider Kayserl. Majest. Willen, wider die Güldene Bull und des H. Reichs alt Herkommen und Gewohnheit in die Chur-Würde sich eigenmächtig eingedrungen, auch solche, sonder einige Lehn-Empfängniß, seither, den rechtmäßigen Erben Pfgr. Philipsen, der doch derselben nun allbereits ins achte Jahr fähig und vogtbar gewesen, ungeacht aller von Kayserl. Majestät beschehenen Abmahnungen, freventlich vorenthalten, und ihn deren entsetzt. Confer den Spiegel der Ehren des Ertzhauses Oesterreich *lib. V. c. 22.* Verum Fridericus nihilominus vi patriæ potestatis bona filii adrogati, isto non refragante, usque ad mortem retinuit. Vide plura hac de re *in commentariis Pii II. Pontificis*, quæ sub *Joannis Gobelini* nomine extant p. 147. sq. & apud *Pareum histor. Palat. p. 226.*

III.

Quæcunque jura liberæ patris dispositioni subjacent, ea tantum in liberos adoptivos transferuntur.

Non omnia jura, quæ liberis ex justis nuptiis procreatis tribuuntur, adoptatis & adrogatis competere in confesso est, *arg.* §. 8. *I. de adopt.* ibi: *in plurimis causis adsimilatur.* Sed quæ competant, quæ non, maiori dubitationi est obnoxium. Nos distinctione adhibita rem ita expediri posse putamus, ut, quæcunque jura liberæ adoptantis dispositioni subsunt, illa in filios quoque plene adoptatos vel

adrogatos transire, quæ vero isti non subjacent, nec in hos transferri dicamus. Ita (1) patri adoptanti in allodialibus succedunt ab intestato, §. 2. *I. de hereditat. quæ ab int. l.* 5. *C. de suis & legit. her.* (2) Nomen adoptantis accipiunt. *l.* 63. §. 10. *ad SC. Trebell.* (3) In eiusdem familiam transeunt, omnibusque in illa constitutis fiunt agnati. *l.* 10. §. 5. *C. de Adopt.* (4) Testamentum ante adoptionem confectum rumpunt, §. 1. *I. quib. mod. test. infirm. l.* 8. *de injusto, rupto, irrito facto testam.* postea vero sine institutione vel legitima exheredatione eorum conditum ipso jure nullum faciunt *arg.* §. 4. *I. de exhered. lib.* Quia scilicet de his omnibus & similibus facultas disponendi libera patri adoptanti competit. Aliud de iis juribus erit dicendum, quæ dispositionem eius non admittunt Sic agnationis jura quidem, non vero cognationis veræ, quæ per sanguinem & justam nativitatem constituitur adoptio tribuit, ac illis tantum adoptatus fit agnatus, qui in familia, id est, potestate patris adoptivi sunt, *l.* 23. *de adopt. l.* 1. §. 4. *unde cognati,* adeoque nec uxori eius succedit, *arg. l.* 10. §. 1. *C. de adopt.* neque ceteris eius consanguineis. Porro fideicomissum sub ea conditione alicui relictum, si sine liberis moriatur, adoptionis commento non excluditur. *l.* 76. *de condit. & demonstr.* adde casum *l.* 51. §. 1. *legat.* 2. Par ratio in fideicommisso familiæ non a patre quidem legitimo sed remotiore relicto; sicuti enim iste proximioribus successionem intervertere nequit, ita nec in filium adoptivum fideicomissum tale transferre poterit. Primus enim fundator saltem ad illos respexisse videtur, qui fere ex familia sua per sanguinis propagationem essent oriundi. Idem quoque de ratractu gentilitio dicendum, quum ratione tantum consanguinitatis veræ iste concedatur. *Berlich. P.* 2. *Concl.* 39. *n.* 20. Nec in sepulcrum familiæ filii adoptivi jus sibi adscribere poterunt. De feudis quoque res manifesta est per textum clarissimum 2. *F.* 26.

§. *ad-*

§. *adoptivus*. Emphyteusis autem saltem eo casu ad adoptivum transmitti nequit, quando pro adquirente eiusque liberis sive descendentibus concessa est. Male tamen plurimi doctores generaliter adoptivos a successione in emphyteusin excludunt, quum emphyteusis regulariter ad omnes heredes transeat. De eo quoque nonnulli disputant, an ignobilis a nobili adoptatus nobilitatem consequatur. Jure atque more Romano ita fuisse, latius deduxit *Huberus L. 2. Digress. Justinian. c.* 24. Verum etiamsi hoc Hubero concederemus, plane tamen alia hodiernæ nobilitatis ratio idem apud nos obtinere vetat. Apud Romanos enim nobiles dicebantur, qui de magistratu curuli vel a se vel a maioribus suis gesto gloriari poterant. Nostris vero moribus non nisi sanguine & rescripto principis nobilitas adquiritur. Adeoque nisi nobilitandi jus cuivis tribuere velis, adoptans utique filium legitimum nobilem efficere non poterit. Denique & ea privilegia, quæ in collegiorum statutis filiis opificum tribuuntur, in adoptivos non transeunt. Vide *Schilterum Ex.* 3. §. 17.

IV.

Infans privatim sine principis vel magistratus auctoritate adoptatus & educatus post mortem educatoris nec hereditatem nec alimenta accipit.

Leges Romanas constituisse, ut in adoptione auctoritas principis vel magistratus intercederet, nemo ignorat. L. 2. *pr. de Adoptionibus*. Neque hodie diverso jure utimur, sed adhuc nulla est adoptio privata, præsertim, cum priscis quoque Germanorum moribus, ut in *prima Meditatione* ostendimus, publica illa auctoritas in adoptionibus necessaria fuerit. Fac ergo, quod hodie frequenter evenit, virum

rum quendam improlem puerum vel puellam in domum adsciscere, educare, loco filii habere, hoc quoque nomine compellare, & ei hereditatem suam palam destinare, deinde vero, non condito testamento, mortem obire. Poteritne sibi iste alumnus hereditatem educatoris vel partem saltem ex illa vindicare. Non putamus. Atque eatenus JCti Francofurtani apud *Hoppium in pr. I. de Adoptionibus* voce: *Adoptamus*, nobiscum consentiunt. Illud vero plus dubii habet, utrum alimenta alumno isti ex hereditate debeantur. Nos nec illa deberi existimamus. Quantuscunque enim sit alimentorum favor, heres tamen eorum præstatione onerandus non est, nisi, defunctum hoc voluisse, manifesto appareat. Objici quidem nobis poterit L. 9. §. 1. *de alimentis vel cibariis legatis*, in qua liberto alimenta & pensiones annuæ, quæ vivus testator præstitit, post mortem etiam huius, etsi nihil ea de re in testamento dixerit, continuari jubentur. At recte legem istam inspicientibus patebit, voluntatem testatoris de continuandis post mortem suam alimentis non ex eo conjici, quod illa vivus præstitit, sed quod ceteris libertis, qui eadem cum ipso acceperunt, in testamento ea reliquit, adeoque & illum inter eos nominare voluisse censetur. Aliàs autem alimenta a vivo præstari solita non debebuntur, nisi expresse relicta. *arg. L.* 14. §. 2. *de Alimentis vel cibariis legatis*.

V.

Assumtio in locum fratris cum translatione juris succedendi fieri potest.

Negant Imperatores in L. 7. C. *de heredibus instituendis*, posse quem sibi fratrem per adoptionem facere. Negant quoque, hereditatem illi, etsi tanquam frater heres insti-

institutus sit, deberi. Neque nos id in dubium vocamus. Viam tamen, qua assumtio huiusmodi in locum fratris valide fieri queat & successionem quoque tribuat, ostendemus. Opus scilicet erit rescripto & confirmatione principis. Cum enim princeps omnem non jure factam adoptionem confirmatione sua validam reddat, L. 38. *de Adoptionibus*, causam non videmus, quamobrem assumtionem in locum fratris corroborare non possit.

VI.

Nobilis a plebejo adoptatus nobilitatem non perdit.

Per adoptionem, qua voce & arrogatio continetur, dignitatem non minui, Paulus in L. 35. *de adoptionibus* ait, & exemplo in L. 6. §. 1. *de Senatoribus* declarat. Quæ juris Romani dispositio singularis & mira admodum est, quia plebeius a senatore adoptatus senatoriam dignitatem consequebatur, L. 5. *de Senatoribus*, correlatorum autem eadem ratio esse debebat. Sed ita placuit JCtis recentioribus. Dicimus recentioribus. Jure enim antiquissimo Romano rem aliter sese habuisse, atque dignitatem per adoptionem imminutam fuisse, certum est. Patet hoc clarissime ex *Ciceronis oratione pro domo sua ad Pontifices*, in qua, P. Clodium, virum, patricium, sed a plebejo arrogatum, inferiorem factum & e patriciis exiisse, dicit. Ceterum hodiernis moribus jus recentius obtinet, & adoptati ab inferiore nobilitatem suam atque dignitatem conservant.

VII.

Unio prolium adimit parentibus testandi facultatem.

Moribus in locum adoptionis unionem prolium successisse communiter perhibent. Sed etsi ipsi quoque unionem prolium moribus nostris originem debere, non inficie-

inficiemur, attamen in locum adoptionis, apud Romanos usitatæ, velut per surrogationem aliquam, introductam esse, cum *Kulpisio de adoptionibus & emancipationibus principum n.* 2. negamus, cum utrumque jus tale sit, quod optime simul consistere queat. Romanos autem veteres unionem prolium prorsus ignorasse, vel ex eo solo intelligimus, quod unio prolium parentibus unientibus omnem adimit testandi facultatem, quod secus erat in adoptionibus & arrogationibus, in quibus, dum liberis adoptatis legitima relinqueretur, de ceteris bonis arrogator liberrime disponebat. At in unione prolium parentes, æqualiter se bona sua inter liberos unitos divisuros, pollicentur, & nequeunt adeo isti pacto contravenire. Ex quo porro consequitur, odiosam maxime esse hanc unionem prolium, & propterea, si quod in interpretatione facti huiusmodi dubium occurrat, restringi eam magis, quam extendi debere.

COROLLARIA.

1 Unio prolium, non inter vivos, sed per testamentum mutuum parentum constituta, nullius momenti est.

2 Senior a juniore, interveniente principiis auctoritate, arrogari potest.

3 Filium emancipatum readoptare licebit.

4 Quod *Palavicinus in Historia Concilii Tredentini lib.* 11. *cap.* 7. *n.* 4. occasione adoptionis a Julio III. Pontifice Maximo factæ dicit, filios adoptivos, veluti judicii prolem, pluris a parentibus quam corporis sobolem, æstimari; nobis non est verosimile.

SPE-

SPECIMEN XXI.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. I. TIT. VII.

DE

DISSOLVTIONE PATRIAE POTESTATIS

PUBLICE DEFENSUM

AB

ALBERTO RIPER, PALÆOGEA-BREMENSI.

D. VII. MART. ANNI CIƆ IƆ CCXIV.

I.

Emancipatio jure Justinianeo actus legitimus non est.



mancipationem vetusto jure Romano actum legitimum fuisse, facile concedemus. Ostendi hoc potest ex *L. 77. de Regulis juris*, ubi quidem vox mancipationis posita non emancipationem, ut recentiores quidam autumant, significat, sed solemnem venditionem, qua res Quiritium jure in emtorem, adhibitis non minus quam quinque testibus cum libripende, transferebatur, atque emtor plenum dominium consequebatur, quod, si res simpliciter saltem vendita esset, non habebat, sed tantum usucapiendi facultatem, nec, si maxime res a tertio evinceretur, venditorem convenire poterat. Clarissime hoc ex *Plauti Persa Actu IV. Sc.* 4. apparet:

Iste, qui tabellas affert, adduxit simul
Forma expetenda liberalem mulierem.
Furtivam, advectam ex Arabia penitissima,

Eam te volo accurare, ut istic veniant,
Ac suo periculo is emat, qui eam mercabitur:
MANCIPIO neque promittet, neque quispiam dabit.

Et *Horatius lib. 2. epist. 2. v.* 158.

– – *proprium*, inquit, *est, quod quis libræ mercatus & ære est.*

Quoniam vero emancipatio olim per venditiones huiusmodi solemnes & imaginarias fiebat, ut ex *L.* 11. *C. de Adoptionibus*, *L.* 6. *C. de Emancipationibus*, *& Suetonio in vita Augusti cap.* 64. discimus, eam tanquam speciem mancipationis antiqui Romani recte inter actus legitimos & legis actiones retulerunt. Vide *Julium Paulum L.* 2. *Recept. sent. tit.* 25. §. 4. Sed hæc sequentibus temporibus mutata sunt. Et ab initio quidem emancipatio actus legitimus eatenus mansit, ut, si quis vellet vetera solemnia adhibere, non prohiberetur. Poterat tamen, si mallet, omissis omnibus solemnibus, etiam absens absentem, *L.* 5. *C. de emancipationibus*, poterat, quemadmodum *in sequenti Meditatione* ostendemus, etiam nudo consensu & tacite emancipare, quæ omnia, quamdiu emancipatio simpliciter actus legitimus erat, non licebant *L.* 2. *C. de Emancipationibus*. Tandem vero sub Justiniano vana ista solemnium observatio prorsus sublata est, *L.* 6. *C. de Emancipationibus* atque adeo emancipatio actus legitimus esse desiit.

II.

Emancipatio tacita etiam Romanis cognita fuit.

Plerique, qui de emancipatione scribunt, duo eius genera constituunt, expressam & tacitam. Illius originem ex jure Romano deducunt, hanc moribus demum Germaniæ invectam dicunt. At quoad hanc falluntur. Et erroris huius causa est, quod, emancipationem semper actum legiti-

legitimum fuisse, existimant. Quam tamen opinionem jam in *praecedente Meditatione* explosimus. Extant vero clarissimae de emancipatione tacita in jure Justinianeo leges. Prima reperitur in *L.* 1. *C. de Patria potestate.* Ibi Praeses provinciae aestimare jubetur, an audire illum debeat, qui filium in potestate esse dicit, cuius tamen res diu passus est, ut patrisfamilias agi per eos, qui testamento matris tutores nominati fuerant. Si quod circa verba huius legis dubium occurrere poterit, hoc in voce *aestimabit* latet. At facili negotio solvitur. Videlicet aestimare hic est, diuturnitatem temporis, per quod pater filium tanquam hominem sui juris vivere passus est, inspic..e, atque judicare, satisne longum illud sit, ut ex eo patris voluntas de filio emancipando colligi queat. Apparet itaque, potuisse aliquem patriam potestatem amittere, qui solemniter id non declaravit, animum tamen suum diuturno silentio expressit. Sed clarior adhuc est *L.* 25. *pr. de Adoptionibus*, ubi pater post mortem filiae, quae ut materfamilias quasi jure emancipata vixerat & testamento scriptis heredibus decesserat, adversus factum suum, quasi non jure eam nec praesentibus testibus emancipasset, controversiam movere prohibetur. Graviter quidem nobis videtur obstare *L.* 3. *C. de Emancipationibus*, ubi Imperatoris: *Non nudo*, inquiunt, *consensu patria liberi potestate, sed actu solemni, vel casu liberantur. Nec causae, quibus motus pater emancipavit filium, sed actus solemnitas quaeritur.* At jam in *praecedente Meditatione* ostendimus, istam legem de antiquissimis temporibus, quibus emancipatio inter actus legitimos connumerabatur, intelligendam, postea vero sublatam esse.

III.

Utraque emancipatio, expressa & tacita, adhuc in usu est.

De tacita quidem nemo dubitat. At expressam multi, inter quos etiam est *Hahnius* noster *ad Wesenbecium tit. de Adoptionibus n.* 7. negant in usu esse. Falluntur tamen: Nam, quod sublatum non est, cur stare prohibeatur. Neque est, quod dicas, expressam emancipationem nihil utilitatis allaturam. Afferet enim utique. Quin imo aliquando necessaria erit, si forte pater cum filiofamilias contrahere velit. Is enim contractus invalidus erit, L. 2. *pr. de Contrah. emt.* nisi emancipatio praecesserit. Ceterum exempla emancipationis expressae apud alios reperies Imprimis *Kulpisium de Adoptionibus & emancipationibus principum* commendamus, ubi §. 8. privatarum §. 57. illustrium emancipationum exempla, in appendice autem documenta publica exhibet, quibus historia emancipationis a Ludovico, Comite de Lœwenstein, in Camera Imperii anno CIↃ IↃ LXXXVII. celebratae mirifice illustratur.

IV.

Filius propterea, quod aliquamdiu de proprio vixit, non statim emancipatus censetur.

Ad emancipationem tacitam plena separatio ab oeconomia paterna requiritur. Prisca enim Germanorum jura requirunt, daß sich die Kinder von dem Vater scheiden, *Spec. Sax. Lib.* 1. *Art.* 11. Romana, ut tanquam patres vel matresfamiliarum quasi jure emancipati vixerint *L.* 25. *pr. de Adoptionibus.* Ubi itaque plena huiusmodi separatio non intercessit, liberi emancipati dici nequeunt, tametsi aliquamdiu non a patre sustentati fuerint, sed de suo vixerint. Agitata fuit haec controversia apud JCtos Vitembergenses mense Martio anni CIↃ IↃ CCXI. Duo filii, qui separatam oeconomiam jam ab aliquo retro tempore instituerant, bona sua materna a patre cum fructibus interea perceptis

ceptis repetebant. Judex quoque patrem non solum ad bona, sed & ad fructus restituendos condemnaverat, quos pater ex eo tempore, quo filii separatam œconomiam instituerant, percepisset. At filii ea sententia contenti non erant, sed, se jam aliquot ante separatam œconomiam annis emancipatos fuisse, adeoque fructus bonorum maternorum longius sibi deberi, dicebant. Alter opificium didicerat, & per aliquot annos apud extraneum opificem tanquam minister vixerat, mercedemque & victum ab hoc pro opera sua, a patre vero nihil plane acceperat. Alter autem peregrinatus fuerat, cui pater ab initio quidem sumtus suppeditarat, postea vero illos de suo ferre recusaverat, atque de bonis maternis deduxerat. Uterque igitur, se ab eo tempore tacite emancipatum, credebat. Sed negarunt JCti Vitembergenses. Et, quod ad primum attinet, certum est per ea, quæ modo diximus, ministrum opificis, etsi a patre tantisper non alatur, pro plene separato tamen & emancipato haberi non posse. Alter vero ex eo non juvabatur, quod pater sumtus itineris de suo ferre detrectasset. Quamvis enim pater ad alendum filium obligatus sit, hæc tamen alimenta pro modo facultatum & conditione personarum determinanda sunt, L. 5. §. 7. *&* 10. *de Agnoscendis & alend. liberis.* Quodsi ergo filius lautius vivat, & plus impendat, quam patris conditio fert, non peccat pater neque patriam potestatem amittit, licet sumtus hos ferre recuset. Non iniucundum erit, ipsa responsi verba afferre: Es haben die beyden Gebrüder G. von ihrem Vater die Außantwortung des mütterlichen Vermögens gefodert, auch darüber am 5. Octob. 1708 ein in vielen Stücken beyfälliges Urthel erhalten. Sie beschweren sich aber dennoch und zwar anfänglich, daß die von ihren Erb-Portionen bis Michaelis 1705 fällige Zinsen und eingehobene Nutzungen übergangen worden, da sie doch, währender solcher Zeit, theils ihr Brodt selber verdienet,

dienet, also von dem Vater keine alimenta empfangen, theils dasjenige, was sie von ihm erhalten, sich vom Hauptstamm abkürtzen lassen müssen; Alldieweil aber die Klägere sich erst Anno 1705 von dem Vater abgesondert und ihre eigene Haußhaltung angefangen, folglich bis dahin die Nutznüssung ihres Vermögens demselben, gegen Empfang der nöthigen Alimenten überlassen müssen, da denn, daß der eine Sohn zwey Jahr lang bey einem Becker gedienet, also des Vaters Hülfe nicht vonnöthen gehabt, ihm an seinen Recht nichts benehmen kan, der andere hingegen, daß er gleichwol etwas auf seiner Reise von ihm empfangen, selbst nicht in Abrede ist, die allzuschweren Kosten aber, so dabey aufgegangen, zu denen Alimenten keinesweges gehören, also gantz wol von dem Erbtheil gekürtzet werden mögen; So seynd wir dieses gravamen übergangen.

V.

Pater hoc ipso, quod cum filiofamilias contracturus ei curatorem petit, illum emancipat.

Patrem & filium pro una persona haberi, ex *L.* 11. *C. de Impuberibus & aliis substit. L.* 22. §. 1. *C. de Agricolis & censitis* §. 4. *I. de Inutil. stipulat.* constat. Atque hæc causa est, quod contractus inter illos celebratus nullius momenti sit L. 2. *de Contrah. emt.* Sunt tamen aliqui, qui hodie omnem contractum inter patrem & filium celebratum valere, & patrem eo ipso, dum contrahit, filium tacite emancipare dicunt. At parum secura est hæc sententia, neque vel lege vel ratione satis valida firmari potest. Tunc vero facilius id concedemus, si ad contractum tale patris factum accedat, ex quo voluntas eius de emancipando filio clarius colligi possit. Exempli loco sit, quando pater cum filio ..re contracturus eidem curatorem a magistratu con-..tit. Cum enim filiusfamilias, in patria potestate con-

constitutus, neque tutorem neque curatorem regulariter habeat, *pr. I. de Tutelis*, pater utique, dum ei curatorem petiit, simul petiisse censetur, ut auctoritate magistratus emancipetur. Atque secundum hanc sententiam JCti Vitembergenses, dissentientibus licet collegiis Lipsiensibus, mense Decembri anni CIↃ IↃ CCX. responderunt: Ob wol eingewendet werden möchte, ob könte der Beklagten nicht zu statten kommen, daß ihr Vater ihr das libellirte Guth und Pertinentien verkauffet, in mehrerer Erwegung, daß dergleichen Contracte derer Eltern und Kinder, so noch in väterlicher Gewalt sich befinden, vor beständig nicht zu achten, auch, daß Beklagte vorher emancipiret worden, ex actis nicht zu ersehen, noch diesfalls eine tacita emancipatio zu präsumiren; Dieweil aber dennoch die Kinder ipso facto, indem die Eltern mit ihnen contrahiren, tacite pro emancipatis zu halten, welches in gegenwärtigem Fall um so viel mehr statt findet, da die Beklagte sich zu diesem actu einen Curatorn constituiren lassen ꝛc.

VI.

Liberi patrem relegatum sequi debent.

Sola relegatio nec jus civitatis provincialis, nec, quæ ex eo dependet, patriam potestatem tollit, L. 4. L. 7. §. 3. *de Interdictis & relegatis*, §. 2. *I. Quibus modis jus patriæ potestatis solvitur*. Ex quo porro consequitur, liberos, quorum pater ob delictum relegatur, non solum ei usumfructum bonorum suorum relinquere, verum etiam eundem domicilium suum alibi constituentem sequi debere. Ita JCti Vitembergenses responderunt: Daß eines des Landes verwiesenen Wildpret-Diebes in väterlicher Gewalt befindliche Kinter, wenn er nicht gar ein Vagabundus wird, demselben mit wesentlicher Wohnung ausser Landes zu folgen schuldig. Neque obiici

obiici nobis poteſt, quod iniquum ſit, calamitatem patris filio nocere, & hunc pœnam, quam pater promeruit, ſimul ſuſtinere. Negamus enim, filium, qui patrem relegatum ſequitur, pœnam pati, aut ipſum pro relegato habendum eſſe, cum in provinciam, ex qua pater relegatus eſt, reverti pro lubitu atque ibi per aliquot tempus commorari queat.

VII.

Judæus, qui ad Chriſtianam religionem tranſit, e patris ſui poteſtate exit, legitimam tamen vivo patre petere nequit.

Eatenus quidem ad communem Doctorum ſententiam accedimus, quod Judæum per ſacrum lavacrum e patris ſui poteſtate abire, bona propria ab eo vindicare, vel, ſi nulla habeat, alimenta petere poſſe, fateamur. Nequit enim Judæus Chriſtianum in poteſtate habere. Et Chriſtiani tamen eiusmodi novi conditio deterior reddi non debet. Vide *C.* 5. *X. de Judæis*. At, quod nonnulli apud *Berlichium P.* 3. *Concl.* 14. *n.* 31. hoc latius extendunt, atque filio legitimam ex bonis vivi patris ſolvendam eſſe contendunt, in eo magnopere falluntur. Quod alio tempore copioſius oſtendemus.

COROLLARIA.

1. Pater de jure civili liberis emancipatis bona materna reſtituit, nec integrum in illis uſumfructum retinet, etſi *Carpzovius P.* 2. *C.* 10. *def.* 5. *n.* 6. & alii diſſentiant. Poterit tamen, ſi velit, beneficio in §. 2. *I. Per quas perſonas cuique adquiritur* indulto uti.
2. Filius ad ſolum actum teſtandi emancipari poteſt.
3. Filius, qui patri pro convictu pecuniam ſolvit, ideo emancipatus non eſt.

SPECI-

SPECIMEN XXII.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. I. TIT. VIII.
DE
REBVS
SACRIS ET ECCLESIASTICIS
PVBLICE DEFENSVM

A

JOANNE HENRICO DE VSLAR,

GOSLAR. SAXONE.

D. XVII. MART. ANNI ƆIƆ IƆ CC XIV.

I.

Origo discriminis inter res sacras, sanctas & religiosas.


Inter varias de origine discriminis inter res sacras, sanctas & religiosas opiniones nulla nobis olim ingeniosior visa est, quam eorum conjectura, qui originem istam a diversis Diis veterum Romanorum deducunt. Nemo scilicet ignorat, tres fuisse Deorum classes, superos, inferos & medios, seu semideos, quos *Plautus in Cistell.* medioxumos appellare videtur. Diis igitur superis res sacras, inferis religiosas, & semideis sanctas dedicatas fuisse, putant. Non displiceret nobis ea recentiorum coniectura, si modo auctoritate veterum firmata esset. At hic defectus illam nobis suspectam reddit. *Macrobius* certe, qui *Saturnaliorum l.* 3. *cap.* 3. differentiam inter res sacras, sanctas & religiosas explicat, nihil habet, quod eo trahi possit. Et qui antiquitates Romanas inspiciunt, nescire nequeunt, templa, quæ sine dubio res

ſacræ erant, non diis ſuperis ſolum, ſed & ſemideis, Herculi, Romulo, Cæſari, quin & inferis, Plutoni & Proſerpinæ, dedicatas fuiſſe. Aræ etiam diis manibus ſacræ conſtituebantur. Apparet hoc ex duabus, quas apud *Grute-terum fol.* 726. & 1035. reperimus, inſcriptionibus, quarum prima eſt:

DIS. MAN.
CLAVDIAE. LEPIDILLAE.
EX. PROVINCIA.
BELGICA. AMBIANAE.
FECERVNT. LIBERI.
EIVS. LEPIDVS. ET.
TREBELLIVS. MATRI.
OPTIMAE.
HIC. MATRIS. CINERES.
SOLA. SACRAVIMVS. ARA.
QVAE. GENVIT. TELLVS. OSSA.
TEGET. TVMVLO.

altera:

C. MINDIVS C. L. PACORVS.
ARAM. DIS. MANIBVS. SACRAV.

Contra res ſanctas, inter quas & ſtatuæ principum & perſonæ eorum, nec non parentum & legatorum & vallum caſtrorum per L. 3. §. 17. *de Re militari* & leges erant, ſemideis conſecratas fuiſſe, nullibi invenimus. Potius ex *Macrobii* loco, quem ſupra memoravimus, colligitur, res ſanctas, quæ proprie ſic dicebantur, ad neminem Deorum pertinuiſſe. Iuſtinianus quidem in §. 10. *I. de rerum diviſ.* ſanctas res divini quodammodo juris eſſe, ait. Sed hæc ipſa vox *quodammodo*, ut bene *Vinnius* obſervat, improprietatem indicat. Sic enim ille vocem iſtam explicat: τρόπον τινά. *Neque enim proprie divini juris ſunt, ſed ita appel-*

.. pellantur propter similitudinem. Itaque sic potius de origine istius discriminis sentiendum est. Res sacræ erant, quæ Deorum omnis generis cultui inserviebant, res sanctæ propter solam reipublicæ utilitatem adversus violatores graviori pœna muniti erant, res denique religiosæ neque ad Deorum cultum, neque reipublicæ utilitatem, sed ad honorem privatarum familiarum & memoriam defunctorum pertinebant. Illud tamen negare non possumus, usum istarum vocum promiscuum reperiri. Nam interdum sepulcra quoque res sacræ dicebantur. Lapidi sepulcrali apud *Gruterum fol* 809. inscriptum legitur:

CINERIBVS HIC LOCVS SACER EST.

Interdum templa religiosa vocabantur. Sic *Cicero pro Lege Manil.* fanum religiosum & *Vellejus lib.* 2. *cap.* 45. sacra religiosissima dicit. In jure quoque canonico res sacras & religiosas promiscue sumi, vel ex unico illo titulo Decretalium *de Religiosis domibus* apparet.

II.

Res sacræ in dominio Ecclesiæ sunt.

Natura dominii & indoles rerum sacrarum satis ostendit, res sacras etiam in dominio esse. Quidquid enim hominibus inservit, atque ab illis custoditur, & ad cuius usum non omnes promiscue admittuntur, illud dominio subiectum erit. Neque obstat nobis, quod res sacræ in nullius bonis esse dicuntur, L. 1. *pr. &c.* L. 6. *de Divisione rerum.* Hoc quippe de singulis & privatis intelligendum est. Sed excutiendum nobis restat, in cuius bonis & dominio res sacræ sint. Neque Pontificii, neque nostri DD. satis de eo inter se conveniunt. Alii dominium hoc Deo immortali, alii Pontifici Romano, alii Clero, alii integro populo, alii denique, inter quos JCti Protestantes plerique sunt,

Principi adſcribunt. Sed ſingulæ ex iſtis opinionibus facili negotio refelluntur. Itaque melior inveſtiganda eſt. Scilicet ſingulæ Eccleſiæ, ut egregie *Pufendorfſius de Habitu religionis Chriſtianæ ad vitam civilem* oſtendit, collegia, ſeu, ut communiter vocantur, perſonæ compoſitæ ſunt, atque inſtar civitatis cuiusdam municipalis conſiderari poſſunt. Clerus locum Conſulum tenet, præfecti, quos vulgo die Kirchen-Vorſteher appellamus, cum Senatoribus conveniunt, reliqui auditores cives repræſentant. Porro ut civitatum municipalium bona duplicis generis ſunt, alia, quæ in ſpecie univerſitatis vocantur, quorum uſus ad omnes, qui de civitate ſunt, pertinet, ut forum, curia, putei publici, alia in patrimonio civitatis eſſe dicuntur, quorum reditus in conſervationem ædificiorum & ſalaria miniſtrorum impenduntur; ita bona ad Eccleſiam pertinentia alia ſacra ſunt, quæ cultui divino in utilitatem omnium inſerviunt, alia eccleſiaſtica, quorum reditus in reparationem ædium & ſuſtentationem miniſtrorum convertuntur. Quemadmodum denique Princeps ſummus omnium civitatum & collegiorum director eſt, & inſpectionem ſupremam in bona eorum, bonorumque iſtorum adminiſtratores habet, ſic Princeps, cuius apud nos vicem Conſiſtorium gerit, idem ſibi jus in Eccleſias, earum miniſtros, res ſacras & eccleſiaſticas, harumque adminiſtratores vindicat. Atque ex his, quæ præſtruimus, principiis ea omnia, quæ deinde de rebus ſacris & eccleſiaſticis dicemus, deſumentur.

III.

Inſpectio in bona Eccleſiarum & adminiſtrationem eorum etiam apud magiſtratum inferiorem eſſe poteſt.

Diximus equidem, Principem & quod eius vicem repræſentat atque jus circa ſacra nomine illius exercet Conſiſtorium directionem ſacrorum & ſupremam in bona eccleſiaſtica

ſiaſtica & adminſtratores eorum inſpectionem habere. Dubium itaque eſt, an hoc jus, quod inter Epiſcopalia communiter refertur, a magiſtratu inferiore exerceri poſſit. Expetitum aliquando fuit de iſta controverſia judicium Jureconſultorum Vitembergenſium. Senatus videlicet civitatis cuiusdam municipalis ſemper huiusque adminiſtratorem bonorum Eccleſiaſticorum conſtituerat, eiusque rationes in curia examinaverat. Sed Coſiſtorium nomine Principis intercedebat, ſibique illud jus vindicabat, ab eoque ſenatum prorſus excludere conabatur. Vrgebatur maxime, jura hæc Epiſcopalia, tanquam præcipua regalia, poteſtati Principis adeo inhærere, ut ab ea ſeparari & ab inferiore magiſtratu exerceri non poſſint; ideoque Doctores unanimi conſenſu ſtatuere, conceſſa licet privato cuidam omnigena jurisdictione, Eccleſiaſticam tamen, cuius præcipua pars inſpectio, illa eſt, exceptam principique reſervatam cenſeri. Verum enim vero etſi, ſupremam in bona Eccleſiaſtica inſpectionem & jus extremæ de illorum adminiſtratione cognitionis ad ſolum Principem pertinere, illamque a magiſtratu inferiore nec per immemorialem præſcriptionem adquiri poſſe, cum *Brunnemanno in Jure Eccleſ. lib.* 1. *cap.* 6. *membr.* 12. §. 18. *&* *Linckio de Jure Epiſcop. c.* 10. §. 36. fateremur, attamen cauſam non videmus, quamobrem ſubordinata quædam inſpectio patronis etiam & magiſtratibus inferioribus competere non poſſit, præſertim cum iſti, quos modo memoravimus, auctores aliique plurimi de uſu & obſervantia teſtentur. Sane ut Principis juribus non nocet, quod appellationem recipere magiſtratui inferiori licet, ſalva tamen extrema ad Principem provocatione, ſic nec inſpectio iſta ſubalterna Principi oberit. Non dubitarunt itaque JCti Vitembergenſes, ſenatum hac in cauſa adverſus principem tueri. Verba reſponſi non adiecimus, quod illa jam *Bergerus Reſponſorum ſuorum Parti* 2. *n.* 186. inſeruit.

 IV. *Res*

De tacita quidem nemo dubitat. At expreſſam multi, inter quos etiam eſt *Habnius* noſter *ad Weſenbecium tit. de Adoptionibus n.* 7. negant in uſu eſſe. Falluntur tamen: Nam, quod ſublatum non eſt, cur ſtare prohibeatur. Neque eſt, quod dicas, expreſſam emancipationem nihil utilitatis allaturam. Afferet enim utique. Quin imo aliquando neceſſaria erit, ſi forte pater cum filiofamilias contrahere velit. Is enim contractus invalidus erit, L. 2. *pr. de Contrah. emt.* niſi emancipatio præceſſerit. Ceterum exempla emancipationis expreſſæ apud alios reperies Imprimis *Kulpiſium de Adoptionibus & emancipationibus principum* commendamus, ubi §. 8. privatarum §. 57. illuſtrium emancipationum exempla, in appendice autem documenta publica exhibet, quibus hiſtoria emancipationis a Ludovico, Comite de Lœwenſtein, in Camera Imperii anno CIↃ IↃ LXXXVII. celebratæ mirifice illuſtratur.

IV.

Filius propterea, quod aliquamdiu de proprio vixit, non ſtatim emancipatus cenſetur.

Ad emancipationem tacitam plena ſeparatio ab œconomia paterna requiritur. Priſca enim Germanorum jura requirunt, daß ſich die Kinder von dem Vater ſcheiden, *Spec. Sax. Lib.* I. *Art.* II. Romana, ut tanquam patres vel matresfamiliarum quaſi jure emancipati vixerint *L.* 25. *pr. de Adoptionibus.* Ubi itaque plena huiusmodi ſeparatio non interceſſit, liberi emancipati dici nequeunt, tametſi aliquamdiu non a patre ſuſtentati fuerint, ſed de ſuo vixerint. Agitata fuit hæc controverſia apud JCtos Vitembergenſes menſe Martio anni CIↃ IↃ CCXI. Duo filii, qui ſeparatam œconomiam jam ab aliquo retro tempore inſtituerant, bona ſua materna a patre cum fructibus interea perceptis

ceptis repetebant. Judex quoque patrem non solum ad bona, sed & ad fructus restituendos condemnaverat, quos pater ex eo tempore, quo filii separatam œconomiam instituerant, percepisset. At filii ea sententia contenti non erant, sed, se jam aliquot ante separatam œconomiam annis emancipatos fuisse, adeoque fructus bonorum maternorum longius sibi deberi, dicebant. Alter opificium didicerat, & per aliquot annos apud extraneum opificem tanquam minister vixerat, mercedemque & victum ab hoc pro opera sua, a patre vero nihil plane acceperat. Alter autem peregrinatus fuerat, cui pater ab initio quidem sumtus suppeditarat, postea vero illos de suo ferre recusaverat, atque de bonis maternis deduxerat. Uterque igitur, se ab eo tempore tacite emancipatum, credebat. Sed negarunt JCti Vitembergenses. Et, quod ad primum attinet, certum est per ea, quæ modo diximus, ministrum opificis, etsi a patre tantisper non alatur, pro plene separato tamen & emancipato haberi non posse. Alter vero ex eo non juvabatur, quod pater sumtus itineris de suo ferre detrectasset. Quamvis enim pater ad alendum filium obligatus sit, hæc tamen alimenta pro modo facultatum & conditione personarum determinanda sunt, L. 5. §. 7. *&* 10. *de Agnoscendis & alend. liberis.* Quodsi ergo filius lautius vivat, & plus impendat, quam patris conditio fert, non peccat pater neque patriam potestatem amittit, licet sumtus hos ferre recuset. Non iniucundum erit, ipsa responsi verba afferre: Es haben die beyden Gebrüder G. von ihrem Vater die Ausantwortung des mütterlichen Vermögens gefodert, auch darüber am 5. Octob. 1708 ein in vielen Stücken beyfälliges Urthel erhalten. Sie beschweren sich aber dennoch und zwar anfänglich, daß die von ihren Erb-Portionen bis Michaelis 1705 fällige Zinsen und eingehobene Nutzungen übergangen worden, da sie doch, während solcher Zeit, theils ihr Brodt selber ver-

 dienet,

dienet, also von dem Vater keine alimenta empfangen, theils dasjenige, was sie von ihm erhalten, sich vom Hauptstamm abkürtzen lassen müssen; Alldieweil aber die Klägere sich erst Anno 1705 von dem Vater abgesondert und ihre eigene Haußhaltung angefangen, folglich bis dahin die Nutznüssung ihres Vermögens demselben, gegen Empfang der nöthigen Alimenten überlassen müssen, da denn, daß der eine Sohn zwey Jahr lang bey einem Becker gedienet, also des Vaters Hülfe nicht vonnöthen gehabt, ihm an seinen Recht nichts benehmen kan, der andere hingegen, daß er gleichwol etwas auf seiner Reise von ihm empfangen, selbst nicht in Abrede ist, die allzuschweren Kosten aber, so dabey aufgegangen, zu denen Alimenten keinesweges gehören, also gantz wol von dem Erbtheil gekürtzet werden mögen; So seynd wir dieses gravamen übergangen.

V.

Pater hoc ipso, quod cum filiofamilias contracturus ei curatorem petit, illum emancipat.

Patrem & filium pro una persona haberi, ex *L.* 11. *C. de Impuberibus & aliis substit. L.* 22. §. 1. *C. de Agricolis & censitis* §. 4. *I. de Inutil. stipulat.* constat. Atque hæc causa est, quod contractus inter illos celebratus nullius momenti sit L. 2. *de Contrah. emt.* Sunt tamen aliqui, qui hodie omnem contractum inter patrem & filium celebratum valere, & patrem eo ipso, dum contrahit, filium tacite emancipare dicunt. At parum secura est hæc sententia, neque vel lege vel ratione satis valida firmari potest. Tunc vero facilius id concedemus, si ad contractum tale patris factum accedat, ex quo voluntas eius de emancipando filio clarius colligi possit. Exempli loco sit, quando pater cum filio minore contracturus eidem curatorem a magistratu constitui petit. Cum enim filiusfamilias, in patria potestate con-

constitutus, neque tutorem neque curatorem regulariter habeat, *pr. I. de Tutelis*, pater utique, dum ei curatorem petiit, simul petiisse censetur, ut auctoritate magistratus emancipetur. Atque secundum hanc sententiam JCti Vitembergenses, dissentientibus licet collegiis Lipsiensibus, mense Decembri anni CIↃ IↃ CCX. responderunt: Ob wol eingewendet werden möchte, ob köute der Beklagten nicht zu statten kommen, daß ihr Vater ihr das libellirte Guth und Pertinentien verkauffet, in mehrerer Erwegung, daß dergleichen Contracte derer Eltern und Kinder, so noch in väterlicher Gewalt sich befinden, vor beständig nicht zu achten, auch, daß Beklagte vorher emancipiret worden, ex actis nicht zu ersehen, noch diesfalls eine tacita emancipatio zu präsumiren; Dieweil aber dennoch die Kinder ipso facto, indem die Eltern mit ihnen contrahiren, tacite pro emancipatis zu halten, welches in gegenwärtigem Fall um so viel mehr statt findet, da die Beklagte sich zu diesem actu einen Curatorn constituiren lassen 2c.

VI.

Liberi patrem relegatum sequi debent.

Sola relegatio nec jus civitatis provincialis, nec, quæ ex eo dependet, patriam potestatem tollit, L. 4. L. 7. §. 3. *de Interdictis & relegatis*, §. 2. *I. Quibus modis jus patriæ potestatis solvitur.* Ex quo porro consequitur, liberos, quorum pater ob delictum relegatur, non solum ei usumfructum bonorum suorum relinquere, verum etiam eundem domicilium suum alibi constituentem sequi debere. Ita JCti Vitembergenses responderunt: Daß eines des Landes verwiesenen Wildpret-Diebes in väterlicher Gewalt befindliche Kinter, wenn er nicht gar ein Vagabundus wird, demselben mit wesentlicher Wohnung ausser Landes zu folgen schuldig. Neque obiici

obiici nobis poteſt, quod iniquum ſit, calamitatem patris filio nocere, & hunc pœnam, quam pater promeruit, ſimul ſuſtinere. Negamus enim, filium, qui patrem relegatum ſequitur, pœnam pati, aut ipſum pro relegato habendum eſſe, cum in provinciam, ex qua pater relegatus eſt, reverti pro lubitu atque ibi per aliquot tempus commorari queat.

VII.

Judæus, qui ad Chriſtianam religionem tranſit, e patris ſui poteſtate exit, legitimam tamen vivo patre petere nequit.

Eatenus quidem ad communem Doctorum ſententiam accedimus, quod Judæum per ſacrum lavacrum e patris ſui poteſtate abire, bona propria ab eo vindicare, vel, ſi nulla habeat, alimenta petere poſſe, fateamur. Nequit enim Judæus Chriſtianum in poteſtate habere. Et Chriſtiani tamen eiusmodi novi conditio deterior reddi non debet. Vide C. 5. *X. de Judæis*. At, quod nonnulli apud *Berlichium P.* 3. *Concl.* 14. *n.* 31. hoc latius extendunt, atque filio legitimam ex bonis vivi patris ſolvendam eſſe contendunt, in eo magnopere falluntur. Quod alio tempore copioſius oſtendemus.

COROLLARIA.

1. Pater de jure civili liberis emancipatis bona materna reſtituit, neo integrum in illis uſumfructum retinet, etſi *Carpzovius P.* 2. *C.* 10. *def.* 5. *n.* 6. & alii diſſentiant. Poterit tamen, ſi velit, beneficio in §. 2. *I. Per quas perſonas cuique adquiritur* indulto uti.
2. Filius ad ſolum actum teſtandi emancipari poteſt.
3. Filius, qui patri pro convictu pecuniam ſolvit, ideo emancipatus non eſt.

SPECI-

SPECIMEN XXII.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. I. TIT. VIII.
DE

REBVS SACRIS ET ECCLESIASTICIS

PVBLICE DEFENSVM
A
JOANNE HENRICO DE VSLAR,
GOSLAR. SAXONE.
D. XVII. MART. ANNI CIↃIↃCC XIV.

I.

Origo discriminis inter res sacras, sanctas & religiosas.



Inter varias de origine discriminis inter res sacras, sanctas & religiosas opiniones nulla nobis olim ingeniosior visa est, quam eorum conjectura, qui originem istam a diversis Diis veterum Romanorum deducunt. Nemo scilicet ignorat, tres fuisse Deorum classes, superos, inferos & medios, seu semideos, quos *Plautus in Cistell.* medioxumos appellare videtur. Diis igitur superis res sacras, inferis religiosas, & semideis sanctas dedicatas fuisse, putant. Non displiceret nobis ea recentiorum coniectura, si modo auctoritate veterum firmata esset. At hic defectus illam nobis suspectam reddit. *Macrobius* certe, qui *Saturnaliorum l.* 3. *cap.* 3. differentiam inter res sacras, sanctas & religiosas explicat, nihil habet, quod eo trahi possit. Et qui antiquitates Romanas inspiciunt, nescire nequeunt, templa, quæ sine dubio res

sacræ erant, non diis superis solum, sed & semideis, Herculi, Romulo, Cæsari, quin & inferis, Plutoni & Proserpinæ, dedicatas fuisse. Aræ etiam diis manibus sacræ constituebantur. Apparet hoc ex duabus, quas apud *Gruterum fol.* 726. & 1035. reperimus, inscriptionibus, quarum prima est:

DIS. MAN.
CLAVDIAE. LEPIDILLAE.
EX. PROVINCIA.
BELGICA. AMBIANAE.
FECERVNT. LIBERI.
EIVS. LEPIDVS. ET.
TREBELLIVS. MATRI.
OPTIMAE.
HIC. MATRIS. CINERES.
SOLA. SACRAVIMVS. ARA.
QVAE. GENVIT. TELLVS. OSSA.
TEGET. TVMVLO.

altera:

C. MINDIVS C. L. PACORVS.
ARAM. DIS. MANIBVS. SACRAV.

Contra res sanctas, inter quas & statuæ principum & personæ eorum, nec non parentum & legatorum & vallum castrorum per L. 3. §. 17. *de Re militari* & leges erant, semideis consecratas fuisse, nullibi invenimus. Potius ex *Macrobii* loco, quem supra memoravimus, colligitur, res sanctas, quæ proprie sic dicebantur, ad neminem Deorum pertinuisse. Iustinianus quidem in §. 10. *I. de rerum divis.* sanctas res divini quodammodo juris esse, ait. Sed hæc ipsa vox *quodammodo*, ut bene *Vinnius* observat, improprietatem indicat. Sic enim ille vocem istam explicat: τρόπον τινά. *Neque enim proprie divini juris sunt, sed ita appel-*

...pellantur propter *similitudinem*. Itaque ſic potius de origine iſtius diſcriminis ſentiendum eſt. Res ſacræ erant, quæ Deorum omnis generis cultui inſerviebant, res ſanctæ propter ſolam reipublicæ utilitatem adverſus violatores graviori pœna muniti erant, res denique religioſæ neque ad Deorum cultum, neque reipublicæ utilitatem, ſed ad honorem privatarum familiarum & memoriam defunctorum pertinebant. Illud tamen negare non poſſumus, uſum iſtarum vocum promiſcuum reperiri. Nam interdum ſepulcra quoque res ſacræ dicebantur. Lapidi ſepulcrali apud *Gruterum fol* 809. inſcriptum legitur:

CINERIBVS HIC. LOCVS. SACER. EST.

Interdum templa religioſa vocabantur. Sic *Cicero pro Lege Manil.* fanum religioſum & *Vellejus lib.* 2. *cap.* 45. ſacra religioſiſſima dicit. In jure quoque canonico res ſacras & religioſas promiſcue ſumi, vel ex unico illo titulo Decretalium *de Religioſis domibus* apparet.

II.

Res ſacræ in dominio Eccleſiæ ſunt.

Natura dominii & indoles rerum ſacrarum ſatis oſtendit, res ſacras etiam in dominio eſſe. Quidquid enim hominibus inſervit, atque ab illis cuſtoditur, & ad cuius uſum non omnes promiſcue admittuntur, illud dominio ſubiectum erit. Neque obſtat nobis, quod res ſacræ in nullius bonis eſſe dicuntur, L. 1. *pr.* &c. L. 6. *de Diviſione rerum.* Hoc quippe de ſingulis & privatis intelligendum eſt. Sed excutiendum nobis reſtat, in cuius bonis & dominio res ſacræ ſint. Neque Pontificii, neque noſtri DD. ſatis de eo inter ſe conveniunt. Alii dominium hoc Deo immortali, alii Pontifici Romano, alii Clero, alii integro populo, alii denique, inter quos JCti Proteſtantes plerique ſunt,

Principi adſcribunt. Sed ſingulæ ex iſtis opinionibus facili negotio refelluntur. Itaque melior inveſtiganda eſt. Scilicet ſingulæ Eccleſiæ, ut egregie *Pufendorffius de Habitu religionis Chriſtianæ ad vitam civilem* oſtendit, collegia, ſeu, ut communiter vocantur, perſonæ compoſitæ ſunt, atque inſtar civitatis cuiusdam municipalis conſiderari poſſunt. Clerus locum Conſulum tenet, præfecti, quos vulgo die Kirchen-Vorſteher appellamus, cum Senatoribus conveniunt, reliqui auditores cives repræſentant. Porro ut civitatum municipalium bona duplicis generis ſunt, alia, quæ in ſpecie univerſitatis vocantur, quorum uſus ad omnes, qui de civitate ſunt, pertinet, ut forum, curia, putei publici, alia in patrimonio civitatis eſſe dicuntur, quorum reditus in conſervationem ædificiorum & ſalaria miniſtrorum impenduntur; ita bona ad Eccleſiam pertinentia alia ſacra ſunt, quæ cultui divino in utilitatem omnium inſerviunt, alia eccleſiaſtica, quorum reditus in reparationem ædium & ſuſtentationem miniſtrorum convertuntur. Quemadmodum denique Princeps ſummus omnium civitatum & collegiorum director eſt, & inſpectionem ſupremam in bona eorum, bonorumque iſtorum adminiſtratores habet, ſic Princeps, cuius apud nos vicem Conſiſtorium gerit, idem ſibi jus in Eccleſias, earum miniſtros, res ſacras & eccleſiaſticas, harumque adminiſtratores vindicat. Atque ex his, quæ præſtruimus, principiis ea omnia, quæ deinde de rebus ſacris & eccleſiaſticis dicemus, deſumentur.

III.

Inſpectio in bona Eccleſiarum & adminiſtrationem eorum etiam apud magiſtratum inferiorem eſſe poteſt.

Diximus equidem, Principem & quod eius vicem repræſentat atque jus circa ſacra nomine illius exercet Conſiſtorium directionem ſacrorum & ſupremam in bona eccle-

ſiaſtica

ſiaſtica & adminſtratores eorum inſpectionem habere. Dubium itaque eſt, an hoc jus, quod inter Epiſcopalia communiter refertur, a magiſtratu inferiore exerceri poſſit. Expetitum aliquando fuit de iſta controverſia judicium Jureconſultorum Vitembergenſium. Senatus videlicet civitatis cuiusdam municipalis ſemper huiusque adminiſtratorem bonorum Eccleſiaſticorum conſtituerat, eiusque rationes in curia examinaverat. Sed Coſiſtorium nomine Principis intercedebat, ſibique illud jus vindicabat, ab eoque ſenatum prorſus excludere conabatur. Vrgebatur maxime, jura hæc Epiſcopalia, tanquam præcipua regalia, poteſtati Principis adeo inhærere, ut ab ea ſeparari & ab inferiore magiſtratu exerceri non poſſint; ideoque Doctores unanimi conſenſu ſtatuere, conceſſa licet privato cuidam omnigena jurisdictione, Eccleſiaſticam tamen, cuius præcipua pars inſpectio, illa eſt, exceptam principique reſervatam cenſeri. Verum enim vero etſi, ſupremam in bona Eccleſiaſtica inſpectionem & jus extremæ de illorum adminiſtratione cognitionis ad ſolum Principem pertinere, illamque a magiſtratu inferiore nec per immemorialem præſcriptionem adquiri poſſe, cum *Brunnemanno in Jure Eccleſ. lib. 1. cap. 6. membr. 12. §. 18. & Linckio de Jure Epiſcop. c. 10. §. 36.* fateremur, attamen cauſam non videmus, quamobrem ſubordinata quædam inſpectio patronis etiam & magiſtratibus inferioribus competere non poſſit, præſertim cum iſti, quos modo memoravimus, auctores aliique plurimi de uſu & obſervantia teſtentur. Sane ut Principis juribus non nocet, quod appellationem recipere magiſtratui inferiori licet, ſalva tamen extrema ad Principem provocatione, ſic nec inſpectio iſta ſubalterna Principi oberit. Non dubitarunt itaque JCti Vitembergenſes, ſenatum hac in cauſa adverſus principem tueri. Verba reſponſi non adiecimus, quod illa jam *Bergerus Reſponſorum ſuorum Parti 2. n. 86.* inſeruit.

 IV. *Res*

IV.

Res sacræ, quæ privatis inserviunt, ut subsellia ecclesiastica, non plane extra commercium sunt.

Cum templa inter res sacras referantur, dubium non est, quin subsellia etiam, quæ pars eorum sunt, pro rebus sacris haberi debeant. Nam & illa ad cultum divinum adhibentur. Igitur quæstio frequens oritur, an & quousque subsellia in commercio privatorum sint. Non ita diu est, quod controversia hæc Collegio JCtorum Helmstadiensium proposita fuit. Vendiderat mulier subsellia, quæ in templo habebat, alteri. Emtrix quoque pro mutatione hac solitum præfecto ærarii Ecclesiastici pretium solverat. At venditricis filia inique ferebat eum contractum. Igitur negat, subsellia hæc, tanquam res sacras, in commercio esse, petitque, ut, irrita declarata venditione, sibi, quippe matris jam defunctæ heredi, subsellia adiudicentur. Affert autoritatem *Carpzovii in Jurispr. Eccles. lib. 2. def. 362. & Brunnemanni in Jure Ecclesiastico lib. 2. cap. 2. §. 11.* qui ambo istiusmodi contractum nullum declarant. Quin *Strykius* etiam *ad dictum Brunnemanni locum* negat, possessorem subsellii jus suum ad dies vitæ alteri vendere posse. Sed etsi speciosæ satis pro actrice rationes afferrentur, firmiora tamen erant, quibus rea se tuebatur, argumenta. Potissimum eorum desumebatur ex L. 32. *de Contrab. emt.* in qua Ulpianus: *Qui tabernas, inquit, argentarias vel ceteras, quæ in solo publico sunt, vendit non solum, sed jus vendit; cum istæ tabernæ publicæ sint, quarum usum ad privatos pertinet.* Scilicet subselliorum quoque ecclesiasticorum, ut ceterarum rerum sacrarum, dominium penes Ecclesiam est, usus autem ad privatos pertinet. Iste vero usus non, ut aliæ servitutes personales, morte expirat, sed, more per universam Germaniam recepto, ad proximos heredes, qui tamen pro

eius

eius continuatione certum quid Ecclesiæ præstant, transit. Itaque cum usus hic per contractum inter vivos in alium transferri nullibi prohibeatur, nos translationem eam licitam putamus. Neque obstat nobis argumentum ab usufructu petitum, quo DD. dissentientes utuntur. Jus enim illud utendi amplius est, quam ususfructus. Nam ad heredes quoque, ut modo ostendimus, transit. Heredibus autem per contractum suum præiudicare potuit defunctus. Quod vero maxime urgetur, istiusmodi contractus Ecclesiæ eiusque ærario nocere; negamus, Ecclesiam quidquam damni pati, (si modo emtor, ut par est, solitum pro mutatione præmium ærario solvit. Nec desunt, qui nobiscum sentiant, inter quos *Mevius* est, qui *in Comment. in jus Lubec. lib.* 1. *tit.* 10. *art.* 6. *n.* 75: *Sedilia*, ait, *in Ecclesiis hodie ita possidentur, ac si sint in commercio.* Adde *Salgado in Labyrinth. credit. p.* 3. *c.* 5. *n.* 47. *seqq.* & *Schilterum Ex. ad π.* 4. §. 7. Quapropter & JCti Helmstadienses in illa, quam memoravimus, causa mense Februario anni CIↃ IↃ CCXIV. pronunciarunt: Daß Beklagte von der angestellten Klage zu entbinden und loßzuzehlen sey; subiectis his rationibus: Klägerin fodert die von ihrer Mutter an Beklagte hinterlassene Kirchenstelle, unter dem Vorwand, daß dergleichen Kirchenstände, als res sacræ, nicht in commercio, folglich der darüber getroffene Handel ungültig sey; Alldieweil aber Kirchenstühle, Begräbnisse und dergleichen zur Kirchen gehörige, aber zum Nutz und Gebrauch der Privat-Personen gewidmete Sachen zwar nicht quoad proprietatem, gleichwohl quoad jus utendi von einer Person auf die andere transferiret werden können; der Kirche auch durch solche Translation an ihren Rechten nichts abgehet, indem dieselbe von der Beklagten die schuldigen Löse- und Schreib-Gebühren empfangen; So haben wir die Klägerin abgewiesen.

COROL.

COROLLARIA.

1 Ecclesiæ dominium sine traditione acquiritur *L. 23. §. 1. C. de S. S. Eccles.* ibi: *in rem.*

2 Res piorum locorum, ut academiarum, scholarum, orphanotrophiorum, iisdem gaudent privilegiis, quibus ecclesiasticæ.

3 Templum novum res sacra fit, interveniente Principis consensu, etsi consecratio solemnis non accedat.

SPECIMEN XXIII.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. L. TIT. VIII.

DE

JVRE PRINCIPIS IN RES SACRAS ET ECCLESIASTICAS SVPERFLVAS VEL VACVAS.

I.

Potest Princeps vasa sacra & ornamenta unius ecclesiæ superflua, contradicente clero, auferre aliique Ecclesiæ egenæ tribuere.

In plurimorum hominum memoria versabitur adhuc controversia, ante paucos annos summa contentione ventilata. Extruebatur in civitate quadam, summo Principi subiecta, templum. Parochiani, qui fabricam curabant, egeni admodum erant, atque vix sumtibus in extructionem faciendis sufficiebant. Perfecto tandem ædificio, cum vasa sacra ceteraque ornamenta deficerent, Principem adeunt, de egestate sua queruntur, atque opulentiam

lentiam vicinæ cuiusdam Ecclesiæ, cuius pars ipsi olim fuerant, ostendunt, supplicesque petunt, ut vasa & ornamenta, quibus Ecclesia ista abundabat, quæque sine usu relinquebantur, sibi concedantur. Annuit Princeps, jubetque calices duos aliaque superflua Ecclesiæ egenæ a locuplete illa dari. Tum clerus & præfecti alterius Ecclesiæ vehementer contradicere & quasi de spolio queri. Negant, Principi jus esse, divitibus res suas licet supervacuas eripere, & pauperibus assignare. Magis ergo hanc ei facultatem in rebus sacris, quæ alienationi non subiacent, denegant. Nos tamen, Principem hoc casu rectissime fecisse, existimamus. Quod enim de interdicta rerum sacrarum alienatione dicitur, huc plane non pertinet. Res sacra tunc demum alienari dicitur, cum illa, ut Ulpianus in *L.* 9. §. 2. *de Divisione rerum* loquitur, religione liberatur, seu quando sacra inde evocantur. At quando res ista in usum æque vel etiam magis pium adhibetur, alienatio non est, cessatque prohibitio, eo magis etiam, quod una Ecclesia adversus alteram privilegiis suis uti nequit arg. *l.* 8. *pr. de Excus. tut.* Quod autem deinde a bonis privatorum desumunt argumentum, negantque, Principem divites compellere posse, ut ex superfluis suis egenis quid suppeditent, id adeo certum non est. Quin nos potius cum *Koppenio Decis.* 59. §. 9. *&* *Covarruvia in Tom. II. Resolut. l.* 3. *c.* 14. *n.* 5. existimamus, posse Principem, maxime cum necessitas urget, divites compellere, ut pauperibus victum aliaque necessaria suppeditent. Sed fac etiam, hoc Principi in rebus privatorum non licere. Alia certe ratio rerum sacrarum erit, quæ, ne plane inutiles contra voluntatem illorum, qui eas olim consecrarunt, jaceant, princeps providere debet. Potest, interveniente auctoritate Principis, res certo usui publico vel sacro destinata & legata in alium plane impendi, si id e re esse videatur, *l.* 4. *de Administrat.*

rerum ad civitat. pertinent. Idem ergo hoc quoque in casu licebit. Vide *cap.* 3. *X. de Ecclesiis ædificandis*, quod sententiam nostram mirifice confirmat. Ceterum an princeps bona illa superflua auferre & in fiscum suum redigere possit, hoc aliis diiudicandum relinquimus. Animadvertimus tamen, in ea sententia esse *Ludwigium*, qui *ad tit.* 2. §. 1. *aureæ bullæ lit. f.* So bald ein Landes-Herr siehet, daß der Ueberfluß der Priesterschaft zum gemächlichen Leben dienet und selbige zur Wollust verleitet, so ist er wol so gar auch im Gewissen verbunden, den geistlichen Kindern dieses spitzige Messer, ihres Schreyens und Verdammens ohngeachtet, zu entziehen, und die Kirchen-Schätze in seine Rent-Cammer stellen zu lassen. Hæc Ludwigius, cui facilius assentiremus, si quidem bona illa a principibus erepta in publicos usus, & non potius, qui aularum mos est, in luxuriæ instrumenta & supellectilem, in otiosorum hominum alimoniam & adulatorum remunerationem impenderentur.

II.

In rebus tamen non superfluis sed necessariis aut utilibus id facere, sacrilegium est.

Quæ in *præcedente Meditatione* diximus, de superfluis tantum rebus intelligi debent. At si quis uni Ecclesiæ detrahat ea, quibus ipsa opus habet, is, quamvis alteri illa conferat, sacrilegii crimen non effugiet. Memorabile est exemplum, quod *Livius lib.* 42. *c.* 3. narrat. *Q. Fulvius Flaccus censor ædem Fortunæ equestris, quam in Hispania prætor bello Celtiberico voverat, faciebat, enixo studio, ne ullum Romæ amplius aut magnificentius templum esset. Magnum ornamentum se templo ratus adiecturum, si tegulæ marmoreæ essent, profectus in Brutios, ædem Junonis Laciniæ ad partem dimidiam detegit, id satis fore ratus ad tegendum, quod ædificaretur. Naves paratæ fuerunt, quæ*

tollerent,

tollerent, atque asportarent, auctoritate censoria sociis deterritis id sacrilegium prohibere. Postquam censor rediit, tegulæ expositæ de navibus ad templum portabantur. Quanquam, unde essent, silebatur, non tamen celari potuit. Fremitus igitur in curia ortus est: Ex omnibus partibus postulabatur, ut consules eam rem ad senatum referrent. Vi vero accersitus in curiam censor venit, multo infestius singuli universique præsentem lacerare: Templum augustissimum religionis eius, quod non Pyrrhus, non Annibal violassent, violare parum habuisse, nisi detexisset fœde ac prope diruisset. Detractum culmen templo, nudatum tectum patere imbribus putrefaciendum, censorem moribus regendis creatum, cui sarta tecta exigere sacris publicis & loca tuenda more maiorum traditum esset, eum per sociorum urbes diruentem templa nudantemque tecta ædium sacrarum vagari, & quod, si in privatis sociorum ædificiis faceret, indignum videri posset, id Deorum immortalium templa demolientem facere, & obstringere religione populum Romanum ruinis templorum templa ædificantem: Tanquam non iidem ubique Dii immortales sint, sed spoliis aliorum alii colendi exornandique. Quum, priusquam referretur, appareret, quid sentirent patres, relatione facta, in unam omnes sententiam ierunt, ut hæ tegulæ reportandæ in templum locarentur, piaculariaque Junoni fierent. Narrat idem factum *Valerius Maximus lib.* 1. *c.* 1. *n.* 20. additque. Flaccum id impune non tulisse, nec postea mente constitisse, sed etiam per summam animi ægritudinem exspirasse, quum ex duobus filiis in Illyrico militantibus alterum decessisset, alterum graviter affectum audisset.

III.

Princeps Imperii Evangelicus nequit in templa anno 1624 a Catholicis possessa simultaneum suæ religionis exercitium, ne quidem eo tempore, quo Catholici illa templa haud frequentant, introducere.

IV.

Nec pars quidem illorum templorum, etsi ob amplitudinem a Catholicis compleri nequeant, Protestantibus concedi potest.

V.

Idem nec Principi Catholico in templis Evangelicorum licet.

Sic JCti Helmstadienses mense Septembri anni CIϽ IϽ CCXV. versus Dusseldorpium responderunt. Cuius responsi Latino idiomate concepti verba hic adiiciemus: Sed, ut id melius intelligatur, præmittendæ sunt literæ, quibus factum narrabatur & quæstio proponebatur. Illæ autem sic erant exaratæ. *Inter duos Status Imperii, quorum alter Confessioni Augustanæ, alter religioni Catholicæ est addictus, exsurgunt quædam controversiæ, cum quibus videtur simul gliscere collisio, quæ, si erumpat in flammam, non solum ustulabit subditos, sed forsan etiam alios Imperii Status accendet & ardescere faciet. Videtur itaque non solum exigere lex evangelica & charitatis Christianæ, sed & Pacificationes publicæ Imperii, ut ad præcavenda eiusmodi mala controversiæ illæ potius componantur per viam amicabilem, prout per eandem compositio quasi certo speratur, si a viris cordatis de utraque religione, in jure publico versatis, solam justitiam sine partiali affectu ad religionem propriam spectantibus, responsa juris conformia emanent: in quem finem quidam tertius tanquam mediator responsa illa a diversis universitatibus desiderat. CASVS. Territorium religionis mixtæ habet de facto dominum territorialem confessioni Augustanæ addictum, qui exercitium publicum 1624 habitum Catholicis subditis quidem relinquit, in quædam tamen templa a Catholicis privative possessa coëxercitium suæ religionis simul introduxit, ita, ut Catholici divina sua habeant mane ab hora septima usque ad nonam, Protestantes vero ab hora nona usque ad undecimam.* *Qua*

Qua de caussa parochi, religiosi & subditi Catholici implorant Episcopum Catholicum, sub cuius jurisdictione ecclesiastica degunt, pro auxilio & protectione. Hic vi officii episcopalis dominum illum territorialem saepius requisivit, ut Catholicos tractet juxta instrumentum Pacis Westphalicae, quod si renuat, Episcopus resolvit, uti repressaliis contra parochos & subditos suos Acatholicos. Ex quibus omnibus sequitur non tantum iniusta vexatio subditorum utriusque status praefati, sed forsan aliorum etiam statuum religionis utriusque irritatio; quare quaeritur: an dominus ille territorialis in templa, a Catholicis 1624 privative possessa, exercitium suae religionis introducere possit. Certum est, quod dominus territorialis subditos in exercitio 1624 habito & annexis turbare, gravare & impedire non possit juxta instrumentum Pacis a. 5. §. 12. vel 31. ex jure tamen reformandi in templa a Catholicis 1624 privative frequentata videtur illis horis exercitium illae religionis introducere posse, quibus ab exercitio religionis Catholicae vacant. Ita decisum est a Commissariis Caesareis 1651 die 19. Martii in caussa circa hanc materiam controversa inter Abbatem Corveyensem & subditos protestantes in oppido Höxter his formalibus: Daß Ihre Fürstliche Gnaden nicht allein befugt, sondern auch verbunden seynd, den Catholischen Unterthanen, die es begehren, nach Ihrer Fürstlichen Gn. Belieben vorab in dem Chor des Stiffts Petri, der Sacristey und Kirchhof, auch denen ledig-stehenden und von den Hoxterischen 1624 nicht bestellten Kirchen ein *Exercitium* continuirlich zu verstatten ꝛc. *Hic decernitur, quod non tantum Ecclesiae, quae 1624 erant vacuae, assignari Catholicis, sed & chorus & sacristia S. Petri, relicta navi Protestantibus. Extractum huius commissionis refert Rittmeyer Catholicus in Vindiciis juris reformandi fol. 18. & Anonymus Acatholicus in Medit. super Instrum. Pacis fol. 564. Simile habetur in Palatinatu Rheni, ubi Elector exercitium Catholicum introduxit, & Catholicos Eccle-*

 siarum

ſiarum Proteſtantium participes effecit. Sic Heidelbergæ in Eccleſia primaria Spiritus Sancti chorus pro Catholicis per murum a navi Eccleſiæ ſeparatus eſt. Quod igitur hi duo domini territoriales catholici de jure valuerunt contra ſubditos acatholicos, idem valet hic dominus territorialis contra ſubditos catholicos, cum inter religionem utramque æqualitas omnino ſervanda ſit. Huc usque conſultor Duſſeldorffienſis. Cui ſic reſponſum fuit: Ad propoſitam in præfixa ſcheda quæſtionem nos Decanus, Senior ceterique ordinis Juridici in academia Julia, quæ Helmſtadii eſt, Doctores & Profeſſores, habito diligenti conſilio & unanimi conſenſu, ſic reſpondemus. Quæritur ſcilicet, an Princeps Auguſtanæ confeſſioni addictus in templa, quæ Catholici in ditione eius anno 1624 ſoli poſſederunt & adhuc poſſident, exercitium ſuæ religionis ſimultaneum introducere poſſit. Allegabit ſine dubio pro ſe Princeps ipſe Evangelicus, per introductionem coëxercitii ſuæ religionis in templa a Catholicis poſſeſſa nihil juris his decedere, dummodo ſacra eorum haud turbentur, ſed coëxercitium iſtud tali tempore, quo Catholici templa non frequentant, inſtituatur. Provocabit deinde ad ſententiam a Commiſſariis Cæſareis anno 1651 in cauſa Abbatis Corbeienſis contra civitatem Hœxteram latam, quam *Rittmeyer in Vindiciis juris reformandi Cap.* 1. *Sect.* 2. *&* *Auctor Meditationum ad Inſtrumentum Pacis Spec.* 4. *pag.* 564. exhibent; quo præiudicio facultas introducendi coëxercitii ſtabiliri atque §. 31. *Art.* 5. *Pacis Oſnabr.* authentice & uſualiter explicari videtur. Verum enim vero, quæ ex parte Catholicorum afferri poſſunt, argumenta plus fere ponderis habent. Namque primo pro ipſis eſt *dictus* §. 31. &, qui cum eo coniungi debet, §. 32. qui omnia tam quod ad Catholicos, quam Proteſtantes in eodem, in quo anno 1624 fuerunt, ſtatu relinqui ſimpliciter jubet. Neceſſe

itaque

itaque est, ut & possessio illis, qui soli eam habuerunt, relinquatur. Deinde per introductionem coëxercitii seu compossessionis revera turbatur possessio eius, qui solus hucusque rem tenuit, & jus eius imminuitur, arg. *L.* 3. §. 5. *de Acquir. vel amitt. possess. Berger. P.* 1. *Responso* 300. *n.* 7. Igitur dici non potest, Catholicis per eam præiudicium non inferri, cum hoc satis præiudicii sit, quod dimidium jus suum amittant, & præterea fieri nullo modo queat, ut per coëxercitium non aliqua molestia afficiantur, ipsorumque cultus divinus, quem, cum soli essent, quovis momento celebrare poterant, subinde impediatur. Porro sententia Commissariorum Cæsareorum in causa Corbeiensi lata jus facere nullum potest, cum ea ab ipsis, pro quibus hic allegatur, Protestantibus tanquam nulla impugnetur. Docet enim *Auctor anonymus Tractatus Juris publici de Statuum Imperii Romano-Germanici jure reformandi seu Examinis Vindiciarum Rittmeierianarum cap.* 1. *parte* 4. *posit* 3, sententiam istam non ab omnibus Commissariis, sed a Moguntinis saltem & Fuldensibus, neglecta Concommissariorum Brunsuico-Luneburgensium & Oldenburgensium protestatione, pronunciatam fuisse, atque Directores circuli Saxonici inferioris per literas ad Imperatorem datas, quas *idem Auctor sub litera F. p.* 230. exhibet, irritam eam declarasse. Et quamvis *Auctor Meditationum ad Instrum. pacis* ex ignorantia forte harum, quas modo memoravimus, circumstantiarum decretum istud pro justo & valido venditarit, ipse tamen doctrinam de simultaneo religionis exercitio in templa ab una parte solum possessa introducendo vehementer improbat magnaque contentione explodit *in Specime IV. p.* 571. Porro ipsi Principes Protestantes exercitii huius simultanei introductionem tanquam juribus & Paci imprimis Osnabrugensi contrariam damnant.

Ita

Ita enim Baro de Wylich in Bœzelaer, Regis Prussiæ legatus, totius Corporis Evangelici, a quo potestatem hanc acceperat, nomine apud *Auctorem* der völligen *Religions-Negotiation* eines sämtlichen auf dem noch fürwährendem Reichs-Tage zu Regensburg versammleten hochlöblichen Evangelischen *Corporis* bey Sr. Churfürstlichen Durchlaucht. zu Pfaltz *N.* 22. *pag.* 62. scribit: Die angemaßte und durchgetriebene Introduction des simultanei Catholici in allen Kirchen der Reformirten streitet directo wider den §. 31. des fünften Articuls, wo es heisset, es sollen die Unterthanen bleiben und gelassen werden in possessione omnium dicto tempore in potestate eorundem constitutorum templorum cum omnibus pertinentiis &c. und zwar, welches aus dem immediate vorhergehenden, in Kraft der Worte: Nec minus maneant &c. zu wiederholen, quatenus illa dicto anno possederunt vel in potestate habuerunt. Nun ist ja gantz unleugbar, daß die Unterthanen in der Pfaltz ante motus Bohemicos ihre Kirchen, Schulen, Fundationes, Hospitalia, und dergleichen, wenn von dem quatenus die Frage, privative und allein genossen; Ingleichen, daß sie nach dem Westphälischen Frieden in dieselbe auf eben solche Weise restituiret worden. So kann dann der lange Zeit post factam restitutionem supervenirende Catholische Landes-Herr das simultaneum seiner Religion in sothane Kirchen nicht einführen, sondern sie die Unterthanen müssen solche billig hinführo auch allein so lange behalten, donec de religione Christiana vel universaliter, vel inter status & subditos mutuo consensu erit conventum. Quam declarationem ceterorum Principum & Ordinum Protestantium legati per literas ad legatum Prussicum datas, quas *idem Auctor* der *Religions-Negotiation Num.* 27. *pag.* 100. exhibet, non solum generaliter comprobarunt, sed ipsi in alio scripto,

ſcripto, quod *ibidem num.* 28. *p.* 101. extat, repetierunt & copioſius deduxerunt. Denique Camera Imperii apud *Deckherum in conſultat. forenſ. lib.* 1. *part.* 1. *c.* 38. *n.* 21. duabus vicibus mandata de non contraveniendo Inſtrumento Pacis adverſum ſupremum territorii dominum coexercitium religionis ſuæ noviter adſumtæ in templo, ipſi quidem ſine exceptione ſubiecto, anno vero vigeſimo quarto uni ſoli dicato & uſurpato, urgentem decrevit. Quapropter quum per *Pacem Osnabr. art* 5. §. 1. inter utriusque religionis Principes & Status exacta mutuaque æqualitas ſit introducta ita, ut, quod uni parti juſtum eſt, alteri quoque ſit juſtum, non videmus, quomodo Princeps aliquis ex Auguſtanæ confeſſioni addictis, qui huc usque Principibus Catholicis ſimultaneum religionis ſuæ exercitium in templa a ſolis Proteſtantibus poſſeſſa introducere volentibus tantopere reſtituerunt, id, quod in aliis tanquam juri contrarium damnavit, nunc ipſe facere, & quietam ac ſolitariam Catholicorum poſſeſſionem turbare queat, niſi forſan jure repreſſaliarum facti ſui juſtitiam tueri velit. Huc usque JCti Helmſtadienſes. Quod vero illi de Principe Evangelico aſſerunt, in Principe etiam Catholico obtinet. Vide *Lunigii* Europäiſche Staats-*Conſilia P.* 2. *n.* 389.

IV.

Poteſt Princeps Imperii templa a diverſæ religionis hominibus olim poſſeſſa, ſed anno 1624. *vacua & collapſa, occupare & vel ſuæ religionis exercitio aſſignare, vel in uſus profanos impendere.*

Illa quoque inter quæſtiones JCtis Helmſtadienſibus tunc propoſitas erat, poſſetne Princeps Auguſtanæ confeſſioni addictus templa Catholicorum anno 1624. collapſa pro exercitio ſuæ religionis reparare. Dubium forſan conſultor ille ſibi ex L. 73. *pr. de Contr. emt.* & §. 8. *I. de Rerum diviſione*

faciebat, ubi locus, in quo ædes sacræ sunt ædificatæ, etiam diruto ædificio, sacer & commercio exemtus manere dicitur. Sed ad hoc sic respondimus: Quæritur, an Princeps Augustanæ confessioni addictus ea templa, quæ anno 1624. vacua fuerunt, occupare & pro exercitio suæ religionis reparare possit. Et de his quidem templis certum nobis & indubium videtur, posse ea a domino territorii pro usu suæ religionis occupari & reparari. Templa enim ista collapsa, quum cives alterutri religioni addicti nullum sibi in ea ex legibus publicis jus arrogare queant, non pro templis & rebus sacris, sed pro areis desertis habentur, in quibus omne jus Principi ceu domino territorii competit per claram dispositionem *Pacis Osnabr. art.* 5. §. 47. Poterit ergo Princeps eadem occupare & vel in usum profanum convertere, vel, quod magis pium est, religionis suæ exercitio, quod cives in religione dissentientes impedire non debent, destinare. Itaque putavimus, Principem ex illis, quæ supra memoravimus, civilibus juribus haud obligari, cum ea per pacem Osnabrugensem sint sublata.

VII.

Nequit Princeps partem redituum Ecclesiasticorum, a diversæ religionis hominibus anno 1624. possessorum, licet superfluam auferre.

Pergebat consultor ille Dusseldorpiensis: *Idem Princeps Augustanæ Confessioni addictus reditus ecclesiasticos successive diminuit & exercitio suæ religionis & templis reparatis applicat. Quare quæritur, an reditus a Catholicis 1624. privative possessos ex parte possit tollere & templis illis reparatis in futurum conservandis, sicut & exercitio suæ religionis applicare. Sicut enim exercitium suæ religionis potest introducere, & consortes suæ religionis facere participes templo-*

templorum a Catholicis 1624. privative possessorum, modo Catholici in exercitio suo non turbentur, ita & reditus superfluos, seu ad exercitium Catholicum non necessarios, suæ religionis exercitio ex jure quasi episcopali applicare potest. Nam subditis pure concessum est exercitium religionis 1624. habitum cum annexis necessariis, non vero superfluis, quæ subsunt juri quasi episcopali, quod non competit subditis, sed soli domino territoriali. Ad quæ sic respondimus: Quæritur secundo, an Princeps Augustanæ confessioni addictus reditus a Catholicis anno 1624. privative possessos ex parte tollere, & templis a se reparatis in futurum conservandis nec non exercitio suæ religionis applicare possit. Inter ea, quæ a principe Evangelico pro asserenda sibi hac facultate afferri possunt, argumenta præcipuum est, quod in Pace Osnabrugensi civibus exercitium religionis, quale anno 1624 fuit, cum annexis necessariis, non etiam superfluis, concessum, superflua autem dispositioni Principis, qui ex doctrina Protestantium simul jura Episcopi habet, relicta videntur Accedit, quod & jus canonicum in *c. 3. X. de Ecclesiis ædificandis* tunc, cum Ecclesia aliqua nimis in reditibus abundat, aliquos ex his proventibus tollere & in alius templi exstructionem atque ministrorum eius sustentationem impendere permittit. At vero *Pax Osnabrugensis art.* 5. §. 31. non necessarios saltem, sed omnes reditus & accessiones iis, qui eos anno 1624. possederunt, relinqui, & *in* §. 46. absque ulla exceptione solvi jubet. Igitur nec superflua illis adimi, sed liberæ ipsorum dispositioni concedi debent. Et jus istud episcopale, quod Principes Protestantes sibi adscribunt, ex legibus publicis, imprimis ex sæpe memorato *art.* 5. §. 49. restringendum est, præsertim cum ipsi Principes Protestantes ademtionem bonorum, quæ superflua reputantur, in scriptis, quæ ad quæstionem primam memoravimus, improbent. Igitur eundem in modum ad hanc quoque, uti ad superiorem

riorem quæstionem, respondemus: Principem Evangelicum partem redituum a Catholicis an. 1624. privative possessorum de jure tollere non posse, nisi forte idem per repressalias faciat.

VIII.

Princeps Imperii Evangelicus monasteria in terris suis, a Catholicis anno 1624. possessa, sed postea vacua facta liberæ Episcopi, cui olim subfuerunt, dispositioni relinquere debet.

Quærebat porro consultor sæpe dictus: *Res eo devenit circa certum monasterium intercidentiæ & ruinæ totali proximum, ut emortuis aut forte inde emigrantibus religiosis quibusdam ibidem adhuc residuis, concilia jam concepta sint a domino illo territoriali monasterium memoratum occupandi. Quare quæritur (1) an dominus iste territorialis monasterium memoratum casu secuturæ intercidentiæ totalis religiosorum ibidem adhuc superstitum possit occupare & super illud disponere, an vero provisio huiusmodi pertineat ad solum episcopum Catholicum, sub cujus jurisdictione dictum monasterium semper fuit, prout videtur statuere Instrumentum Pacis a. 5. §. 9. vel 26. (2) si vero religiosi isti pauci superstites omnes moriantur vel inde emigrent, & ex horum discessu monasterium familia religiosa & Ecclesia officiis divinis consuetis destituatur, adeoque Ordo religiosus in isto monasterio ab initio fundatus hoc modo plane intercidat, & ex aliis monasteriis ejusdem Ordinis, quorum non nisi duo vel tria in omnibus ditionibus Imperii reperiuntur, alii religiosi advocari & substitui non possint, vel ipsimet monasterium illud desertum subintrare nolint; quæritur in his circumstantiis, quæ & qualis dispositio circa hoc monasterium & ecclesiam ex instrumento pacis fieri possit & debeat. (3) Supposito, quod provisio hujus monasterii competat Episcopo, an in substituendis religiosis ex alio Ordine ad continuandum cultum divinum primævitus fundatum a domino territoriali dependeat vel impediri possit. (4) Quid vero si dominus territorialis nollet substitutionem novorum religiosorum permittere, sed potius vellet monasterium relinqui desertum, usque dum totus Ordo in omnibus suis monasteriis interciderit. Quoad (1) Sicuti monasterium, dum ordo in eo fundatus florebat, juxta observantiam anni 1624. erat privative sub sola jurisdictione ecclesiastica Episcopi, ita*

semper

semper postea sub eadem manet, sive Ordo in suo flore maneat, sive intercidat. Instrum. Pacis a. 5. §. 9. vel 25. ubi textus habet: Nec Augustanæ confessioni addicti (Status) posthac in habita (1624) possessione ullo modo turbentur, sed ob omni persecutione juris & facti perpetuo tuti sint, donec controversiæ religionis compositæ fuerint. Quod §. sequenti similiter statuitur pro Catholicis. Ad (2) Si ordo in monasterio illo funditus modo specificato plane intercidat, certum est, quod monasterium illud non devolvatur ad dominum territorialem, nec ab eodem possit occupari absque violatione Pacis Westphalicæ juxta jam dicta pro casu intercidentiæ expresse inter Status utriusque religionis conventa a. 5. §. 9. vel 26. ubi disponitur, quod in monasteriis sitis in territorio Statuum acatholicorum maneant religiosi, quorum regulis primitus dicata sunt: nec commutentur in alios religiosorum ordines, nisi talium religiosorum ordo plane interciderit; tunc enim magistratui catholicorum liberum esto, ex alio in Germania ante dissidia religionis exorta usitato ordine novos religiosos substituere. Per hanc dispositionem paciscentes utriusque religionis voluerunt consensu mutuo primo prospicere gloriæ Dei seu perpetuæ conservationi cultus divini, dum statuerunt, eundem per alios religiosos continuandum vel restituendum, si per religiosos primæ fundationis fieri non possit; secundo voluerunt prospicere religiosis primæ fundationis, quod, sicut subditis secularibus exercitium 1624. habitum manere debet, ita religiosis pariter maneant monasteria 1624. possessa, nec possint transferri in aliorum religiosorum Ordines quocunque prætextu, quamdiu etiam pauci de Ordine priore in monasterio superstites sunt, adeoque non sufficiat intercidentia partialis, v. g. quod de 12. religiosis defecerint 6. vel 8. sed requiritur totalis intercidentia omnium, ita, ut nulli amplius supersint religiosi, antequam alii de alio Ordine in monasterium illud introduci & prioribus deficientibus substitui possint. Tertio Protestantes soli sibi voluerunt prospicere a Jesuitis (consentientibus tamen in petitum ipsorum Catholicis) apponendo conditionem illam, quod religiosi substituendi deberent fuisse in Germania ante dissidia religionis, ad excludendos Jesuitas, quos in propositionibus suis 1646. 10. Martii etiam nominatim expresserant. Vide Anonymum Acatholicum in Medit. sup. Instrum. Pac. fol. 398. & 401. Si igitur juxta præmissa monasterium quæstionis perpetuo manet sub juris-

dictione Episcopi, & Ordo prior plane in eodem intercidat, nec velit aut non possit ex aliis monasteriis suis religiosos in eodem substituere, nil superest, quam quod defectus ille suppleatur ab Episcopo, seu magistratu Catholicorum, substituendo religiosos ex alio Ordine ante dissidia religionis in Germania usitato. Pro Ordine priore est favor, quod potius ex suis monasteriis religiosos possit substituere, non vero obligatio, seu onus, quod debeat substituere. Quilibet autem favori sibi oblato renunciare potest, quod tanto magis locum habet, si sine suo gravi incommodo id præstare non valeat, vel absolute nequeat, quum nemo ad impossibile teneatur, nec mens paciscentium fuerit, religiosos illos gravare. Ad (3) supposito, quod Episcopus in aliis actibus jurisdictionis Ecclesiasticæ circa hoc monasterium exercitis a Domino territoriali non dependerit, aut impediri potuerit, etiam circa hunc actum substitutionis novorum religiosorum ab eodem de jure non dependet, quod specialiter disponit Instrumentum pacis circa hunc casum, dicendo: Liberum esto magistratui Catholicorum, novos religiosos substituere. Si sit liberum; ergo non debet posse impediri ab altero quocunque. Ad (4) hoc est absurdum & contra intentionem paciscentium. Si tamen monasterium & ecclesia debeant relinqui deserta tanto tempore; quæritur: an ergo cetera bona frugifera pariter sint relinquenda deserta & inculta? Si hæc colenda sint, quis habebit curam colendi? Quibus applicabuntur fructus annui? &c. Sicut hæc consequentia sunt absurda; ita & antecedens. Nec potest præsumi, paciscentes in Instrumento Pacis talia absurda cogitasse, minus ordinasse, quorum intentio non fuit, catholicos prohibere a cultura & fructibus bonorum suorum, sed tantum assecurare Ordinem in possessione 1624. habita, nisi hic sponte renunciet, nolit, vel non possit, deinde prospicere Protestantibus a Jesuitis, uti jam supra dictum. Ad hæc ita responderunt JCti Helmstadienses: Quæritur primo, secundo & tertio, quid juris futurum sit in casu, quo monasterium aliquod ruinæ & interitui proximum intercidat, mortuis vel forte emigrantibus religiosis ibidem residuis. Clara hic est *Pacis Westphalicæ in art.* 5. §. 26. junctis §. 31 & 32. dispositio, ne quid scilicet ex juribus, quæ Catholici vel Evangelici anno 1624. habuerunt, imminutetur. Quodsi itaque monasterium

illud

istud dicto tempore ecclesiasticæ jurisdictioni & liberæ dispositioni Episcopi catholici unice subfuit, nihil ex hac eius potestate diminuendum est. Neque per interitum monasterii res in alium statum devenit, sed jus istud, quod Episcopo competiit, extinctis licet religiosis, tamen in loco & ædificiis remanet. Igitur Princeps id occupare aut disponere de eo nequit, verum pati debet, dispositionem hanc, quatenus jura eius territorialia non infringet, a solo Episcopo fieri. Hunc autem Episcopum limites in Pace Osnabrugensi circa dispositionem seu provisionem vacui monasterii accurate servare oportet. Quapropter providendum est ante omnia, ut idem religiosorum ordo, qui coenobium anno 1624. tenuit, in eo conservetur. Quodsi tamen Ordinis huius religiosi, qui duo vel tria saltem in omnibus Imperii terris monasteria habere dicuntur, vel ob paucitatem supplementum in monasterium hoc vacuum mittere nequeant, vel etiam recusent, quod eos posse dubium non est, tunc Ordo ille religiosorum, quoniam monasterium dereliquit, civiliter intercidisse, arg. L. 8. *in fin. C. de Omni agro deserto* atque casus *in* §. 26. *art. V.* expressus existere videtur, ut adeo liberum tunc sit Episcopo, ex alio in Germania ante exorta religionis dissidia usitato ordine novos religiosos pro lubitu substituere. Et quum Episcopus in aliis actibus jurisdictionis ecclesiasticæ circa hoc monasterium exercitis a domino territoriali non dependerit nec impediri potuerit, etiam circa hunc actum substitutionis novorum religiosorum ab eodem neque dependet neque impediri debet. Ad quæstionem vero quartam respondemus, Principem Evangelicum si substitutionem novorum religiosorum usque ad interitum integri Ordinis, qui nunc monasterium possidet, impedire vellet, contra mentem Pacis Westphalicæ facturum esse. Etsi enim ea tunc demum novos religiosos substituere permittat, cum religiosorum Ordo plane interciderit,

attamen

attamen jam supra ostendimus, Ordinem illum eo ipso, quod monasterium derelinquit, civiliter interiisse, & pro extincto haberi.

IX.

Monasterium ab Ordine religioso derelictum Episcopus, cui id subest, sine consensu Pontificis Maximi secularisare potest.

Superest ultima, quæ tunc proposita fuit, quæstio. Eam sic conceperat consultor ille: *Quæritur, an eveniente aliquando casu intercidentiæ plenariæ illius primi Ordinis in dicto monasterio; si ordo ille non valeat vel non velit religiosos ex aliis suis monasteriis in monasterio illo sic evacuato & deserto substituere, Episcopus teneatur in eodem substituere religiosos ex alio ordine? an vero possit domino illi territoriali ad redimendam vexam ecclesiam & monasterium cum annexis per transactionem cedere pro exercitio confessionis Augustanæ, vel etiam alteri seculari vendere & omnino secularisare? Hæc omnia Episcopo per instrumentum Pacis non prohibentur, quia dicitur: Liberum esto magistratui Catholicorum novos religiosos ex alio ordine substituere. Si sit, liberum ergo non est obligatorium, quod debeat alios religiosos substituere, sed, sicut generaliter Electores, Principes & Status religionis utriusque bona ecclesiastica 1624. possessa retinere possunt, non vero retinere tenentur, sed possunt cum Statibus religionis alterius circa illa transigere, eaque permutare, vendere, cedere pro exercitio alterius religionis, vel etiam secularisare, absque eo, quod Status religionis alterius se talibus dispositionibus immiscere aut easdem impedire possint, prout clare disponit transactio Passaviensis* §. Es sollen auch die jetzige Kriegs-Uebungen ꝛc. *Pax religiosa* §. 16. Derowegen sollen die Stände ꝛc. & §. 27. Nachdem aber ꝛc. *Nec Instrumentum Pacis contradicit. Sic pariter in hoc actu specifico manet libertas Episcopo circa monasterium & ecclesiam illam pro lubitu disponendi, vel cedendo eandem pro exercitio religionis alterius,*

alterius, vel etiam ſeculariſando. Pro clariore horum intelligentia notandum, quod Inſtrumentum Pacis hoc loco concedat tres favores: primum Epiſcopo, concedendo eidem libertatem diſponendi de monaſterio & eccleſia in talibus circumſtantiis vacante & deſerto. Secundus favor eſt pro religioſis primi Ordinis ſeu fundationis, quod monaſterium & eccleſia 1624 *poſſeſſa ipſis manere debeat, ſi Ordo poſſit vel velit ex aliis monaſteriis Ordinis ſui religioſos in eodem collocare. Tertius favor eſt pro Proteſtantibus; quod ipſis invitis non poſſint in talia monaſteria introduci religioſi novi, quorum ordo ante diſſidia religionis in Germania non fuerit. Epiſcopus in favore ſuo ſeu libertate diſponendi non poteſt impediri a Proteſtantibus. Religioſi & Proteſtantes favore ſuo privari non debent, eidem tamen libere renunciare per inſtrumentum pacis non prohibentur.* Ad hanc conſultationem ſic reſponderunt JCti noſtri: Quæritur, utrum in memorato caſu, quo religioſi in dicto monaſterio degentes prorſus extinguuntur, & Ordo ipſe illud deſerit, epiſcopus neceſſario religioſos ex alio Ordine ſubſtituere debeat, an vero templum & monaſterium cum annexis domino territorii per transactionem pro exercitio religionis Evangelicæ cedere, vel etiam alteri ſeculari vendere & omnino ſeculariſare poſſit. Equidem his Epiſcopi conatibus vehementer ſeſe non ſolum Evangelici ſed & Catholici opponent dicentque, Pacis Weſtphalicæ conditores, dum articulum ſæpe memoratum inſeruerunt, non tam Epiſcopi, quam potius utriusque religionis & domini territorialis commoda ante oculos habuiſſe, atque adeo conſtitutionem eorundem ab Epiſcopo ad amuſſim obſervari debere, præterea decretis conciliorum & Pontificiorum alienationem & ſeculariſationem templorum & monaſteriorum ſeveriſſime interdici, neque, etiamſi ex juſta cauſa fiat, aliter ratam haberi, quam, ſi Pontificis conſenſus accedat, *c. Ambitioſæ in Extrav. comm. de Rebus Eccl.*

non al. Verum enim vero Catholicorum obiectionibus facile satisfiet, si modo supponimus, transactionem illam, per quam monasterium domino territorii ceditur, in utilitatem totius Ecclesiæ vergere, ut scilicet ulterior, quæ forte metuitur, vexatio redimatur, & aliæ conditiones proficuæ obtineantur. Hoc quippe casu, cum evidens ecclesiæ utilitas id poscit, alienatio illicita non est *Clement.* 1. *de Rebus eccl. non al.* Quin imo sufficit sola inutilitas, quemadmodum *Gonzalez Tellez in c.* 5. *X. de Rebus eccles. non al. & Glossa in summa quæst.* 2. *causa XII.* loquuntur, seu magna incommoditas, ut, quando res aliqua ecclesiæ multum incommodi & molestiæ affert, vel longe distat & modici fructus est. *c.* 8. §. 1. *X. de Rebus eccl. non al. Molina de Justitia & jure Disput.* 468. *Concl.* 2. Incommoditas vero summa vel ex eo, quod ipse ordo, cuius regulis olim dicatum fuit, id deserat, satis colligitur. Neque movere debet Episcopum supra memoratum *c. Ambitiosæ.* Namque diu jam *Engel de al. bon. Eccl.* aliique Doctores catholici ostenderunt, capitulum istud in Germania usu receptum non esse. Quod deinde ad Augustanæ confessioni addictos & imprimis dominum territorii attinet, illi per exceptionem tua non interest facile repellentur. Non enim videmus, quid vel Evangelicorum vel domini territorialis intersit, monasterium illud salvis juribus territorialibus in secularem transferri. Neque facultas hæc Episcopo denegari potest. Jam tum enim *Transactio Passaviensis* §. 9. & *Pax religiosa* §. 16. & 17. Catholicis liberam de bonis sibi subiectis dispositionem reliquerunt eamque ab Evangelicis quocunque modo impediri vetuerunt. Quæ libertas deinde in Pace Westphalica neque adempta neque imminuta, sed potius confirmata fuit. Accedit, quod in *Art. V.* §. 26. liberum magistratui Catholicorum relinquitur, novos religiosos substituere. Quod autem alicuius potestati permittitur, id juris necessi-

necessitati non subiicitur *L. 40. pr. de Judiciis*. Quibus rationibus inducti existimamus, Episcopum in monasterium illud desertum religiosos ex alio ordine submittere necessario non debere, sed id cum annexis vel domino territorii per transactionem pro exercitio religionis evangelicae cedere, vel etiam alteri seculari vendere & omnino secularisare posse. Atque haec est super propositis quaestionibus sententia nostra, juri & aequitati conformis.

SPECIMEN XXIV.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. I. TIT. VIII.

DE

REBVS ECCLESIAE ET PIORVM LOCORVM ALIENANDIS

PUBLICE DEFENSUM

A

LEVINO JVLIO DE VSLAR, Gosl. Sax.

D. XI. MAII ANNI CIↃIↃCCXIV.

I.

Solemnia, quae jus civile & canonicum in alienationibus rerum ecclesiasticarum exigit, adeo stricte moribus non servantur.



Rerum ecclesiasticarum alienatio, etsi tam jure civili, quam canonico permittatur, tot tamen tantisque limitibus, seu, ut *Novella* 46 *pr.* loquitur, subtilitatibus & observationibus circumscribitur, ut, si factas olim alienationes curate excutias,

 paucissi-

paucissimæ earum & fere nullæ ratæ futuræ sint. Requiritur enim 1. ut vel extrema necessitas vel evidentissima utilitas alienationem suaserit, 2. ut præsul vel antistes Ecclesiæ eam proposuerit, 3. ut integrum capitulum seu omnes clericos suos convocaverit, 4. ut illi causam accurate inquisiverint, 5. ut singulorum suffragia exquisita fuerint, 6. ut non solum maioris, sed & per *c.* 5. *X. de his, quæ fiunt a prælato* senioris patris consensus accesserit, 7. ut clerici quoque instrumentum alienationis subscripserint *c.* 1. *X. de his, quæ fiunt a prælato*, 8. ut Pontifex Romanus seu apud nos Princeps, in cuius terris bona sita sunt, alienationem confirmaverit, 9. ut patronorum & fundatorum Ecclesiæ consensus sit requisitus, 10. ut publica subhastatio realem alienationem antecesserit *Auth. Hoc jus porrectum C. de Sacrosanctis Eccles.* 11. denique ut is, in quem possessio translata est, si forte illi controversia moveatur, liquidissime ostendat, & justam alienandi causam & omnes, quas enumeravimus, solemnitates adhibitas fuisse, cum secundum DD. apud *Wesembecium Consil.* 59. *n.* 17. soli instrumento desuper confecto fides non habeatur. Tacemus cetera, quæ præterea a JCtis sine legum auctoritate requiruntur, de quibus *Joannem Paponium in Corpore juris Francici l.* 1. *tit.* 13. *arresto* 3. vide. Si quid horum in alienatione rerum ecclesiasticarum vel neglectum fuerit, vel adhibitum quidem sit, sed ob lapsum temporis aut aliam causam probari nequeant, totum negotium irritum est, & res alienata revocatur. Quin imo possessores nec præscriptione semper 40. vel plurium annorum tuti sunt, si bona alienata fuerint mensalia, seu, ut *Linckius Comment. in Decret. L.* 3. *tit.* 13. §. 4. *n.* 5. distinguit, ad sustentationem Prælati, Abbatis, Episcopi, Capituli vel Ecclesiæ destinata. Hæc enim non nisi immemoriali tempore præscribit, DD. communiter perhibent. Incredibile est, quantas hæc doctrina turbas excitet,

excitet, quod per illam possessores prædiorum possessione sua, quam per C. & plures annos tenuerunt, exuantur. Ut, si unquam, hic certe locum habeat commune illud: Summum jus summa est iniuria. Movit hæc consideratio JCtos pios & æquitatis studiosos, ut subinde de sueto rigore quid remitterent, atque alienationes istiusmodi, etsi unum alterumve solemne deesset, sustinerent. Testatur hoc *Wesembecius*, qui *Consil.* 59. *n.* 23. *Et hæc quidem*, inquit, *de jure sic se habent, quæ, si omnia servanda essent exacte, vix ulla maneret rata rerum ecclesiasticarum alienatio. Quamobrem in regiis summisque curiis & ipse cognovi, & ab aliis experientissimis pragmaticis in secreto comperi, hæc non omnia ad amussim attendi. Itaque* Guid. Pap. Decis. 594. num. 1. *dicit, hic consuetudinem attendi, quam non obscure multis locis indicat in illis curiis non tam scrupulose exigere omnia. Ita puto, circumstantiis hic plurimum in utramque partem tribuendum, & tempori, si quando diuturnitas intervenit forte temporis, quæ possessorem tueatur, solennitatum etiam Ecclesiasticarum præsumtionem inducat, etiam decem tantummodo annorum, & quando patet, bonam in omnibus intervenisse fidem, ne quidquam actum fraudulenter. Nam, ut fraudibus in ecclesiam structis obviandum est, sic ecclesia, quæ præcipue justitiæ cultrix esse debet, iniuriam aliis facere non debet, nec res bona fide vendita propter minimam caussam inemta fieri debet.* Eadem *Casparis Klockii* sententia est, qui *tomo* 1. *Consil.* 35. *n.* 262. in alienationibus rerum Ecclesiasticarum istas juris Canonici solemnitates semper & ubique ad amussim observari debere, negat. Ipsi quoque Doctores Pontificii sic sentiunt, ut Z. B. *van Espen in Jure Ecclesiastico Universo P.* 2. *Tit.* 36. *n.* 39 *seqq.* ostendit, Rebuffi, Zypæi, Tornetii, Stockmanni & Maynardi suffragiis suffultus. Et *Schilterus in Institutionibus juris can. Lib.* 2. *Tit.* 6. §. 15. *lit. a.* præeunte Engelio,

 Doctore

Doctore Pontificio, asserit, *cap. Ambitiosæ Extrav. comm. de reb. Eccles non alien.* in Germania receptum non esse. Cum itaque contraria consuetudo legem abroget, *L.* 32. §. 1. *de Legibus*, atque isti, quos memoravimus, DD. hanc consuetudinem in aulis principum comprobatam affirment, & ipsa æquitas, quemadmodum *Wesembecius* ostendit, eam consuetudinem commendet, non peccabunt JCti hodie, qui eam secuti alienationem bonorum Ecclesiasticorum, si modo bonam fidem & præcipua requisita adfuisse animadvertunt, validam declaraverint, tametsi quædam ex subtilioribus istis solemnibus vel neglecta fuerint, vel, adhibita esse, probari non possit. Sic aliquando JCti Vitembergenses in causa des Klosters Unserer Lieben Frauen zu Magdeburg contra Joann Thielen judicarunt: Weil bewehrte DD. und berühmte Rechts Collegia bezeugen, daß de moribus in Veräusserung der Kirchen-Güther die solemnia nicht eben so stricte observirt werden, so haben wir bey so bewandten Umständen den possessorem zu schützen vor billig erachtet. Et JCti Helmstadienses anno superiore, cum prædium aliquod, quod olim ad Episcopatum pertinuerat, sed alienatum fuerat, vindicaretur, eandem sententiam amplexi sunt.

II.

Princeps, illæsa religione, templum ex uno loco in alterum transferre potest.

Dubitatum nostra ætate accepimus, liceretne Principi Protestanti, collapsum vetustate palatium restituturo usibusque suis aptaturo, sacellum aliquod, quod symmetriæ obstabat & libarum prospectum impediebat; tollere & in locum sibi commodiorem transferre. Negarunt superstitiosi nonnulli propterea, quod religionem ipsum quoque solum afficere sacrumque indelebili quodam charactere reddere dicerent. Neque defuerunt forsan illis loca ex jure

jure civili & canonico, quibus sententiam suam quomodocunque tuerentur. Vide §. 8. *I. de R. D. & L.* 73. *pr. de Contrah. emt.* Principem certe illum speciosis rationibus suis permoverunt, ut sacellum non sine deformitate ædificii relinqueret. At nos, potuisse illum, illæsa religione, sacellum in alium locum transferre, existimamus. Etsi enim Papiniano concedamus, ipsam aream, cui ædes sacra imposita fuit, sacram quodammodo esse, neque profanam temere fieri debere, ista tamen, quæ loco & areæ inhæret, religio character indelebilis haud est. Quod enim locus pro sacro habeatur, hoc omne ex auctoritate publica eius, qui Episcopi vel Pontificis Maximi jura sustinet, dependet. Sine hac consecratio nulla erit. Quodsi ergo idem is contraria auctoritate locum profanum esse velit, extinguitur character iste. Neque peccare dicendus est, si modo cultui divino nihil decedat, sed alius æque commodus locus ad illum adhibeatur. Hæc priscorum quoque Romanorum, qui religionis tenacissimi erant, sententia fuit. Apparet hoc ex *Plinii Lib.* 10. *Ep.* 58. & 59. Cum enim Nicomedenses priori foro novum adiicere cœpissent, in huius vero angulo vetustissima Matris magnæ ædes reperiretur, quæ multo depressior novo opere esset. Plinius quærit, an ædes hæc salva religione transferri possit. Tum Traianus Imperator & Pontifex Maximus, cuius perpetuam pietatem singulari encomio Romani in numis, quos *Franciscus Mediobarbus Biragus in Numismatibus Imperatorum Romanorum pag.* 151. & 158. exhibet, celebrarunt, Plinio sic rescribit: *Potes, mi Secunde carissime, sine solicitudine religionis, si loci positio videtur hoc desiderare, ædem matris Deum transferre in eam, quæ est accommodatior.* Neque inter Doctores Pontificios desunt, qui nobiscum sentiant. Vide *Paponium in corpore Juris Francici lib.* 1. *tit.* 13. *aresto* 3. *in fine.*

III.

III.

Legata pio usui relicta in alium meliorem, auctoritate principis accedente, converti possunt.

Ex eo, quod præstruximus, fundamento illud multo magis consequitur, posse Principem legata pia vel alias quascunque pensiones, sacro usui destinatas, in alium, licet a voluntate testatoris vel fundatoris paulisper diversum, usum transferre, si ex iis, quæ circumstant, appareat, cultum divinum aut pietatem melius sic & commodius promoveri. Non equidem ignoramus, maxime nobis obiici posse, quod Episcopi atque adeo Principis etiam potissimum officium sit, *providere, ut in omnibus piis voluntatibus universa secundum defuncti voluntatem procedant, & studere, ut modis omnibus causæ piæ compleantur.* Vide *Novellam* 131. *c.* 11. At, dum legata huiusmodi in usum meliorem & magis pium convertuntur, voluntas defuncti non infringitur, sed potius juvatur. Verosimile enim est, testatorem, si rem recte considerasset, ipsum sic constituturum fuisse. Confirmat sententiam nostram egregie *l.* 4. *de Administratione rerum ad civitates pertinentium.* Quibus rationibus moti JCti Helmstadienses anno superiore responderunt, legatum scholæ cuidam hac lege relictum, ut ex eius reditibus quotannis stato tempore munuscula & edulia inter pueros discentes dividerentur. posse ex Consistorii, quod Principem repræsentat, auctoritate in salaria præceptorum, quæ alias admodum exigua erant, impendi.

IV.

Salaria ministrorum Ecclesiæ vel alterius pii loci dividi non debent.

Quæstio

Quæstio hæc in collegio JCtorum Helmstadiensium mense Maio anni CIↃ IↃ CCXIII. agitata est. Duo pagi communem hucusque ludimoderatorem habuerant, qui salarium ex legato accipiebat, & in altero quidem pago habitabat, alterius tamen pagi pueros, qui quotidie ad ipsum commeabant, simul instruebat. Tandem vero huius incolæ pertæsi itineris, quod liberos eorum quotidie facere oportebat, ad divisionem provocabant, ut ex dimidio reditu peculiarem sibi ludimagistrum constituerent. Contradicebant acerrime alterius pagi incolæ ipseque ludimagister, tandemque orta lite, JCti nostri consulebantur. Duo erant maxime, quæ ab his, qui divisionem volebant, urgebantur. Primum, aiebant, notissima est juris regula, neminem invitum in communione retineri, sed quocunque tempore ad divisionem provocare posse, atque pactum etiam de perpetua communione initum irritum esse. Deinde ad *c. 3. X. Ecclesiis ædificandis* provocabant, in quo casum nostrum in terminis, ut loquuntur, reperiri putabant. Sic enim ibi Alexander III. Pontifex: *Villa*, inquit, *quæ dicitur H. tantum perhibetur ab Ecclesia paræciali distare, ut tempore Hiemali, cum pluviæ inundant, non possint paræciani sine magna difficultate ipsam adire; unde non valent congruo tempore ecclesiasticis officiis interesse. Quia igitur dicta ecclesia ita dicitur reditibus abundare, quod præter illius villæ proventus minister illius convenienter valet sustentationem habere: mandamus, quatenus, si res ita se habet, Ecclesiam ibi ædifices & in ea sacerdotem instituas, ad sustentationem suam ejusdem villæ obventiones ecclesiasticas percepturum.* At nihilominus JCti nostri, legatum istud pium & salarium ludimagistri integrum conservandum esse, responderunt. Nam quod ad regulam juris, quæ sociis semper ad divisionem provocare permittit, attinet, ea, etsi inter privatos obtineat, in proventibus tamen ecclesiarum & piorum locorum, maxime autem in be-

neficiis & salariis ministrorum locum non invenient, quippe quæ divisionem plane non admittunt c. 8. *X. de Praebendis & dignitatibus*. Quod autem deinde objiciebatur *c. 3. X. de Ecclesiis ædificandis*, non videtur ad hunc casum nostrum applicari posse. Duo erant, quæ Pontificem ad permittendam divisionem moverant; summa primum itineris difficultas, qua villæ istius incolæ a cultu divino arcebantur; deinde opulentia ecclesiæ primariæ, ex cujus reliquis reditibus ministro integrum sine deminutione salarium præstari poterat. At hic omnia secus erant. Difficultas itineris adeo magna esse non poterat, cum pueri ante motam litem per multos annos sine ulla querela eadem via usi essent. Deinde divisio ista sine deminutione salarii, quod ante ludimagistro præstitum fuerat, fieri non poterat; quæ res effecisset, ut, cum hucusque viri literati & eximii hoc munus subiissent, in posterum minus idonei homines pro modulo stipendii eidem admoveri debuissent. Sic igitur responsum interrogantibus fuit: Hat Stephanus sein Bauer-Guth zu Kora beyden Gemeinden zu Kora und Borna, davon die erste mater, die andere filia ist, zu Bestellung eines Schul-Rectoris vermachet; worüber denn auch besagte beyde Gemeinden sich mit Auctorität der Regierung dahin verglichen, daß der Rector zu Kora das Haus und alle Einkünfte haben und genießen solle, wie denn auch die Bornischen Kinder viele Jahr lang zu ihm in die Schule gegangen. Nachdem aber endlich diesen solches wegen des weiten und üblen Weges beschwerlich fällt, so wird gefraget, ob die Bornische Gemeinde nicht actionem communi dividundo anstellen könne. Nun ist zwar bekannten Rechtens, daß niemand wider seinen Willen in Gemeinschaft zu bleiben angehalten werde, sondern jederzeit ad divisionem provociren dürfe. Es findet aber in gegenwärtigem Fall diese Rechts-Regul um deswillen keine statt, da selbige nur von solchen Sachen und Güthern zu verstehen ist, von welchen denen

privatis

privatis die freye disposition zukommt, dahingegen die einmal gesetzten beneficia und salaria der Kirchen und Schul-Bedienten gar nicht getheilet werden mögen, welches allhier um so viel desto mehr in Betrachtung kommt, da des Koraischen Schul-Rectoris Salarium ex legato herrühret, und zu befürchten ist, daß, wenn etwas davon abgezogen werde, des Testatoris Intention nicht erhalten, und ein gelehrter tüchtiger Mann nicht bestellet werden könnte; bey welcher Bewandniß, und da überdis die Knaben viel Jahr nach Kora in die Schule ohne Beschwerung gegangen, also die Difficultät so gar groß nicht seyn kann, auch die dispositio capituli 3. X. de Ecclesis ædif. welche sonst der Bornischen Gemeinde zu statten zu kommen scheinet, hinweg fällt; So ist dieselbe actionem communi dividundo anzustellen nicht berechtiget.

V.

Minister ecclesiæ aut scholæ, qui per transactionem Consistorii auctoritate initam salarium & jura sua imminuit, sibi soli, non etiam successori in officio nocet.

Pergimus in eo, quod modo memoravimus, exemplo. Bornenses scilicet, cum viderent actionem communi dividundo locum non inventuram, alia via sibi incedendum rati, cum præsente ludimagistro transigunt, eamque transactionem, qua partem proventuum retinere & alendo peculiari ludimagistro impendere ipsis permittebatur, a Consistorio confirmari curant. At JCti Helmstadienses, cum mortuo ludimagistro transigente, successor eius & incolæ Korenses transactionem impugnarent, eam rescindi oportere, responderunt. Ex principiis enim juris nostri tam naturalis quam civilis manifestum est, factum antecessoris nec successori in officio nec aliis, a quibus hic constituitur, nocere.

Nec

Nec confirmatio Consistorii successori obesse poterat, cum rescripta huiusmodi & confirmationes eatenus saltem, quatenus tertii jura non infringunt, valeant L. 4. C. *de Emancipat.* Et ne sine lege loqui videamur, lectorem oramus, ut *c.* 21. *X. de præbendis & dignitatibus* evolvat, in quo similis plane casus eodem modo, quo JCti nostri judicarunt, ab Innocentio III. Pontifice decisus reperitur. Sed afferemus ipsa responsi verba: Hat ferner die Gemeinde zu Borna anno 1703. mit dem damaligen Rectore einen anderweiten Vergleich, daß sie einen absonderlichen Schulmeister halten, und dieser 6. und 3. viertel Morgen von dem bisher zum Koraischen Rectorat gehörigen Acker nutzen solle, aufgerichtet. Weil aber die Gemeinde zu Kora dieses nicht genehm halten will, so entstehet die Frage: Ob nicht der Gemeinde zu Borna Suchen in angeführtem Vergleich wol gegründet sey? Wiewohl nun die Regierung und Consistorium denselben bestätiget, der darinn benennte Acker auch in der Bornischen Feld-Mark gelegen, und der neue Schul-Rector, da er die Bornischen Kinder nicht mehr zu informiren hat, die völligen Einkünfte seiner Vorfahren mit Unrecht zu prätendiren scheinet; Alldieweil aber ein jedes Fürstl. Rescriptum und Obrigkeitliche Confirmation nur in so weit, als dadurch eines dritten Gerechtigkeit nicht gekränket wird, gültig ist; hiernächst die streitigen Morgen, ungeachtet sie in der Bornischen Feld-Marke liegen, dennoch nicht von der Gemeine, sondern von Stephano, herrühren, endlich der neue Koraische Rector sonder Zweifel die Bornischen Kinder dennoch zu informiren erbötig ist, und deshalben, daß die Gemeinde freywillig von ihm abtritt, seine Besoldung nicht darf schmälern lassen. So erscheinet dannenhero, daß der Bornischen Gemeinde Suchen in dem aufgerichteten Vergleich nicht gegründet sey.

COROL-

COROLLARIA.

1 Dispositio *Legis 5. C. de Paganis*, qua res per errorem & superstitionem sacris deputatæ fisco vindicantur, male a quibusdam ad res a Pontificiis olim consecratas extenditur. Vide *c. 20. de Consecratione dist. 1. ibi: si tamen fidem sanctæ Trinitatis tenuerint, qui eum consecraverunt.*

2 Res sacræ & ornamenta Ecclesiæ tempore urgentis belli recte in usum publicum auferuntur & alienantur. *Rec. Imp. de anno 1542. §. 65. & de anno 1544. §. 44.*

3 Recte *Wesembecius Consil. 59. n. 4.* statuit, vasa sacra confracta laicis ad usum profanum vendi posse.

4 Prædium ecclesiasticum cum alio ejusdem æstimationis permutatum nequit revocari. Quod *infra ad tit. de permutatione* pluribus ostendemus & rebus judicatis confirmabimus.

5 Ex diuturnitate temporis post alienationem lapsi debita solemnia legitime adhibita præsumuntur. Qua de re plura dicentur *infra ad tit. de Usucapionibus.*

SPECIMEN XXV. MEDITATIONVM AD PANDECTAS AD LIB. I. TIT. VIII. DE PVBLICIS REBVS SEV VT IN MONARCHIIS VOCANTVR REGALIBVS

PVBLICE DEFENSVM

A

JOANNE CHRISTIANO WINTERO,
RATZEBVRGO-SAXONE LEOBVRGICO.

D. II. JVNII. ANNI CIϽ IϽ CC XIV.

 I. *Publi-*

I.

Publicarum rerum definitio, quæ in jure Romano traditur, statui populari, non monarchico, convenit.

Publicæ res ex sententia JCtorum Romanorum vocantur, quarum proprietas & usus ad integrum populum spectat. Quæ definitio statui democratico, qualis ante Augustum Romæ fuit, optime convenit. At, postquam summum imperium ad unum delatum & monarchia exorta est, circa publicas res idem, quod in aliis plerisque contingit, ut scilicet verba pristina retinerentur, effectus mutaretur. Principes enim, etsi absolutissima imperarent, tamen ob memoriam antiquæ libertatis hoc publice præ se non ferebant, sed, ipsos cum Claudio apud *Tacitum Annal. XII. cap.* 5. unum civium esse & jussis populi ac auctoritati senatus cedere necessum habere, profitebantur. (*) Itaque, ut publicæ res totius populi dicerentur, non prohibebant, re ipsa illarum sibi dominium liberrimamque de iis dispositionem vindicabant. De jure piscandi, quod publicis rebus in §. 2. *de Rerum divisione* annumeratur, Palfurius Sura & Armillatus, magni atque consulares viri, apud *Juvenal. Satyra IV. versu* 54. & 55. sic loquuntur:

Quidquid conspicuum pulcrumque est aequore toto,
Res fisci est, ubicunque natat.

Porro Princeps ex loco publico per auctoritatem suam sine populi consensu, qui tamen in rebus populi necessarius fuisset, sacrum facere poterat L. 9. §. 1. *de Rerum divis.* Thesauri, sive in loco Cæsaris proprio sive in publico inveniretur, dimidia pars fisco Cæsaris tanquam domini, vindicabatur L. 3. §. 10. *de Jure fisci.* Princeps, ut quis in loco publico etiam cum damno aliorum ædificaret, libere permittebat L. 1. §. 16. *Ne quid in loco publico.* Solus Princeps ex castello

ftello feu receptaculo aquarum publico aquam ducere concedebat, L. 1. §. 41. *&* 42. *de aqua quotidiana.* Viæ quoque publicæ dispositioni Principis subiacebant L. 18. §. 1. *de Aqua & aquae pluviae.* Igitur si publicæ res secundum statum monarchicum, qui Romæ sub Augusto cœpit, & hodie in plerisque Germaniæ provinciis obtinet, difiniendæ sunt, dici debent illæ, quarum proprietas liberaque de iis dispositio ad Principem pertinet, usus vero ad eos omnes, quibus Princeps illum sive expresse, sive tacite concessit.

(*) Nescivit has artes & simulationes primorum Principum *Lipsius*. Quapropter locum istum Taciti vitiatum existimat: *Quod ego*, inquiens, *non probem*, *nec certe Princeps unus e vulgo civium est*: *non*; eumque emendare conatur. At non opus est medicina, dummodo cogites, Principes in verbis facillimos fuisse, re ipsa contentos. Infinita eius facilitatis exempla passim in jure nostro, passim apud veteres auctores extant. Unum memorabimus. Translata in Cæsares summa potestate, etsi ipsi soli ex arbitrio suo jus facerent, nec unquam populo eam facultatem permitterent, inani tamen ludibrio, leges a toto populo ferri, suas vero constitutiones tanquam legis vigorem habere, profitebantur. Aliud exemplum in *Specimine V.* quod *de Origine Juris* inscribitur *Meditatione V.* dedimus.

II.

In monarchiis omnes publicæ res ad regalia referuntur.

Primum in Monarchiis principium est, populum majestatem, seu summum imperium, & cum eo omne jus, quod ante habuit, in Principem transtulisse, nisi, quid expresse sibi reservaverit. Si hæc regula certa est, uti profecto est, porro consequitur, omnes publicas res, quas sibi in

in statu populari populus vindicavit, jam ad Principem pertinere, sive, ut voce inter JCtos nostros frequentissima utar regalia esse. Itaque cuncta illa, quæ a JCtis Romanis subtiliter de publicis rebus disputantur, hodie ex doctrina de regalibus dicenda sunt. Non nova hæc doctrina est, sed vetustissima, & jam Friderico Imperatori cognita, qui in Constitutione, quæ 2. F. 56. extat, inter regalia enumerat vias publicas, flumina navigabilia, & ex quibus fiunt navigabilia portus, argentarias, palatia in civitatibus, piscationum & salinarum reditus; quæ omnia olim ad populum pertinuisse, & quorum usum unicuique liberum fuisse, nemo ignorat.

III.

Res omnes, quæ a JCtis Romanis ad communes referuntur, hodie publicæ seu regalia sunt.

Res communes a JCtis Romanis vocantur, quarum proprietas & usus non ad certum populum, sed ad integrum genus humanum pertinet. An unquam in hac significatione res communes fuerint, merito dubites. Ipsi certe prisci JCti Romani, ut egregie *Schilterus Exerc. ad π.* 4. §. 15. *sqq.* ostendit, res communes non satis a publicis distinguunt, sed sæpe his vocibus promiscue utuntur, quemadmodnm imprimis ex L. 45. *pr. de Usurpationibus*, maxime autem ex L. 3. *Ne quid in loco publico apparet*, ubi littora maris, quæ tam in L. 2. *de Rerum div.* ad res communes referuntur, populi Romani atque adeo publica esse dicuntur. Sed in præsens de nostro saltem statu soliciti erimus, ostendemusque istas res omnes, quæ olim communes vocabantur hodie publicas, seu, quia in rebuspublicis nostris jura populi ad unum translata sunt, Principis esse. In catalogo rerum communium, qui in L. 1. §. 1. *de Rerum divisione*, proponitur, primum aër occurrit; quod

quod quidem non de vago illo, qui aliquot milliaribus ab hac terra distat, adeoque, quia usum non præstat, res juridica dici nequit, sed de eo, qui propius terram hanc ambit, capiendum esse, unusquisque intelligit. Is vero aër & a privatis occupari potest, quemadmodum ex L. 22. §. 4. *Quod vi aut clam.* & *L. 1. pr. de Servit. præd. urb.* apparet, &, quatenus occupatus non fuit, Principis dominio & dispositioni subiectus est. Clarum hoc exinde, quod in quam plurimis locis leges a Principibus latas videmus, quibus privatis interdicitur, ne ædes suas ultra certam mensuram in aërem extollant, ne aves nobiliores capiant aut trajiciant. Quod utique prohiberi non posset, si aër res communis esset. Deinde aquam profluentem inter res communes refert JCtus. Equidem cursum eius Princeps sistere facile non potest. Quia tamen aqua hæc profluens fluminis pars est, tamdiu, quam in principis terris fluit, eiusdem juris erit, cuius ipsum flumen, scilicet ad Principem pertinebit, qui divertere aut avertere cursum aquæ, usum eius in piscando & navigando restringere, aut civibus suis prorsus interdicere potest. Tum mare succedit, ubi sunt, qui cum *Grotio de mari libero*, illud plane dominio subjici posse, negant. At horum argumenta *Seldenus de mari clauso* aliique plurimi exploserunt. Neque ipsi JCti Romani ea de re, quod videlicet maris dominium occupari possit, dubitasse videntur. Vide modo L. 14. *de Injuriis* & *Novellam Leonis* 56. Adde *L. 9. de L. 1. Rhodia de jactu*, in qua lex domina maris appellatur. Nulla vero re Grotius atque asseclæ eius efficacius refutantur, quam praxi plerorumque principum & populorum. Britannis dominium maris sui & ceteræ gentes fere omnes & Batavi ipsi, qui id olim acerrime in dubium revocarunt, concedunt, atque iis, quam exigunt, reverentiam exhibent. Veneti dominium maris Adriatici sibi vindicant, & hucusque defenderunt. Idem Rex Daniæ in mari

terras suas alluente, maxime autem in freto Oresundico facit. Alia exempla non afferemus, cum ex his, quæ diximus, satis constet, maria, quatenus terræ propria sunt, res publicas esse, & ad eum, qui summum in ista terra imperium obtinet, pertinere. De litoribus maris res dubio caret, & jam apud priscos Romanos caruit, ut ex L. 3. *Ne quid in loco publico* manifestum est. Igitur illa quoque, uti olim populi Romani fuerunt, hodie Principum sunt, atque usus eorum, qui olim unicuique patebat, L. 4. *pr. de Rerum divis.* hodie ex voluntate Principis restringitur. Itaque in plerisque provinciis videmus, lapillos, gemmas, ceteraque, quæ in litore inveniuntur, non amplius, ut olim per L. 3. *de Rerum divis.* inventoribus relinqui, sed fisco Principum vindicari.

IV.

Insulæ, quæ in flumine nascuntur, hodie publicæ sunt, seu ad Principem pertinent.

Prisci JCti Romani insulas in flumine publico natas occolis privatis assignant, L. 7. §. 3. *de Adquir. rer. domin.* contra rationem & analogiam juris, ut ipse Labeo in L. 64. §. 4. *de Adquir. rer. domin.* fatetur: *Si id*, inquiens, *quod in publico innatum aut ædificatum est*, *publicum est*, *insula quoque*, *quæ in flumine publico nata est*, *publica esse debet.* Nulla apparet paulo solidior ratio, ob quam hi, qui agros fluvio vicinos possident, insulam ab agris suis separatam nec ullo modo ad eos pertinentem sibi attribuere possint. Sed ita tamen Imperatoribus & JCtis Romanis placuit. Videamus saltem, an inter Germanos quoque nostros illæ de insulis leges locum habeant. Ineptissimus *Speculi Saxonici* compilator, cuius centonibus merito omnem auctoritatem in terris suis abrogarunt Principes Brunsvicenses, etsi in multis a juris Romani æquissimis constitutionibus recedat, hic

hic tamen, ubi recedere debebat, illud sequitur, atque in *Lib.* 2. *art.* 56. *Si qua*, ait, *insula in flumine ex arena nata fuerit, cujus fundo vicinior sit, ipsi est acquisita. Si autem medium omnino tenuerit, possidentium ab utroque ex æquo erit.* Quem locum dum explicat *Schilterus Ex. ad π.* 4. §. 19. *lit. b*: *Non est*, inquit, *ista mens Saxonis, ut privatis præcise attribuat insulam, sed domino ripæ*, des Gestades. Verum quisquis verba paulo curatius considerat, Saxonem de privatis loqui, facile animadvertit. Et absurdior foret Saxonis mens, si de principe seu supremo domino ripæ ageret. Cur enim huic & non potius domino ipsius fluminis insulam assignaret. Igitur verosimilius est, ipsum de privatis accolis loqui. Scimus equidem, esse nonnullos, qui pro æquitate juris Romani a compilatore Saxone in Speculum suum recepti pugnent, inter quos fere primas tenet *Heigius P.* 2. *Quæst.* 40. At rationes, quas affert, tam exigui momenti sunt, ut vix nostra refutatione indigeant. Omnes eo redeunt; accolas fluminum ripas munire, & dum sæpe vi fluminis agri eorum deminuuntur, non levia damna sustinere, æquissimum ergo esse, ut commoda eum sequantur, quem sequuntur incommoda. At, si hæc ratio hic quidquam valeret, integrum potius flumen ad accolas pertinere deberet, quod absurdum. Habent jam accolæ, quo damnum illud pensetur, jus scilicet alluvionis, quod illis non denegamus. Sed ratione insularum nullum damnum patiuntur. Itaque quod ad has, recta ratio dictitat, eiusdem juris, cuius totum est, partem quoque esse debere. Flumen vero publicam rem, seu, ut in monarchiis loquimur, regale esse, nemo ignorat, 2. *F.* 56. Insulæ ergo in flumine natæ eodem jure censebuntur. Comprobat hanc philosophiam nostram totius fere Germaniæ, quin, si *Nicolao Boerio Cons.* 14. *n.* 16. credimus, etiam Galliæ usus. Sed in præsens saltem de Germania dispiciemus. Extat antiquis-

tiquissima Adolphi Imperatoris de anno 1293. constitutio, quam *Schilterus Ex.* 4. §. 19. memorat, ubi sic disponitur: *Quodsi insula nata est in Rheno vel alio flumine in comitatu alicuius comitis, qui in ipso flumine recipit telonia & conductus ab Imperio in flumine prædicto: eadem insula potius spectat ad Imperium & ad ipsum comitem, quam ad alium dominum, cujus districtus protenditur ad ripam fluminis praelibati.* In Comitatu Palatino ad Rhenum insulas in Rheno natas Princeps Elector sibi vindicat, ut *Noe Meurer* vom Wasser-Recht *P.* 1. *n.* 9. asserit. Insulas in Mulda natas ad fiscum pertinere, ipse *Heigius P.* 2. *Quæst.* 40. *n.* 39. fatetur. Quod ad insulas in Albi natas, *Zieglerus de Juribus Majestatis lib.* 2. *c.* 15. §. 27. rescriptum Electoris Saxonici affert, quo is suo fisco easdem addicit, præfectumque suum increpat, quod illas ab aliis occupari passus sit. Idem *Zieglerus* §. 28. responsum JCtorum Vitembergensium habet, quo insulam in flumine duorum Principum terras interfluente natam communem esse negarunt, sed eam illi soli, cuius flumen esset, contra Romani juris dispositionem, addixerunt.

V.

Jus in vias publicas ad privatos non transit.

VI.

A refectione viarum publicarum nemo est immunis.

Viæ publicæ, quamdiu libera respublica Romana fuit, ad integrum populum pertinuerunt, deinde, cum imperium ad unum translatum est, Princeps sibi jus in illas arrogavit, L. 18. §. 1. *de Aquæ pluviæ*, & Fridericus imperator expresse illas inter regalia retulit, 2. *F.* 56. Atque hoc jure hodie adhuc censentur. Igitur etsi Princeps alicui fundum cum omni in eum jurisdictione concesserit, jurisdictionem tamen

tamen in viam publicam, seu jus congnoscendi de criminibus in ea commissis dedisse non videtur. Non ingratum lectori erit, controversiam, quæ aliquanto JCtis Vitembergensibus oblata ab iisque decisa fuit, memorare. Princeps prædium aliquod suum equiti cuidam cum omnibus juribus, quæ ipse huc usque in eo exercuisset, imprimis vero cum omnibus operis, quas rustici ei prædio debebant, concesserat. Accidit vero deinde, ut viæ publicæ prædio vicinæ refectione indigerent. Tum princeps inter alios etiam equiti isti subjectos rusticos excitat & viam reparare jubet. At eques negat, hanc operam a suis exigi posse. Ait enim sibi omnia jura principis omniaque rusticorum servitia cessa fuisse, atque adeo Principi non nihil, quo jus istud suum imminuatur, facere, nec rusticis servitium quodcunque imponere posse. Nihilominus tamen JCti rusticos ad refectionem, quam princeps jusserat, condemnarunt, neglecta equitis contradictione. Quotiescunque enim Priceps prædium in privatum transfert, tacite semper jura majestatis seu regalia excepisse videtur. Quod in eo casu minus etiam dubii habebat, cum in cessione facta Princeps expresse superioritatem territorialem atque jura ex illa pendentia sibi reservasset. Vias autem publicas ad regalia pertinere, atque Principi curam illarum incumbere & auspiciis ejus eas reficiendas esse, nemo facile negabit. Vide saltem *Zieglerum de Juribus majestatis lib. 2. c. 17.* quod de jure viarum publicarum inscribit. Itaque jus hoc sibi soli competens in equitem sine dubio non transtulerat Princeps. Neque ergo rustici equitis ex eo, quod operæ ipsorum equiti assignatæ essent, a refectionis onere immunes erant. Eas enim operas tantum cesserat Princeps, quæ sibi tanquam prædii domino, non, quæ tanquam Principi debebantur. Accedit maxime, quod a refectione itinerum & viarum publicarum nullus omnino liberare se queat, non ecclesiæ aut pia loca *L. 7. C. de S. S. Ecclesiis*

clesiis nec prædiorum, quæ ad ipsum Principem pertinent, possessores L. 4. *C. de Privilegiis domus augustæ.* Adde *tit. C. Th. de itinere muniendo.* Sic itaque JCti Vitembergenses mense Januario anni CIƆ IƆCCX responderunt. Obgleich Klägern das Dorf Kneitlingen mit denen üblich hergebrachten Diensten, Unpflichten und allen andern Nutz- und Hebungen, so Seine Fürstl. Durchl. bis daher daraus zu geniesen gehabt, abgetreten; So ist doch dabey ausdrücklich die Landes-Fürstl. Hoheit, und, was von derselben dependiret, ausgenommen worden; und aber kein Zweifel, daß die Besserung der Wege. von welcher ohne des niemand befreyet seyn soll, und die Macht, die Unterthanen und Dorfschaften darzu anhalten, unter die Stücke der Landes-Fürstlichen Hoheit gehören; demnach nicht abzusehen, wie Kläger das ihm abgetretene Dorf von solchem Onere befreyen könne.

COROLLARIA.

1 Sententia Pufendorffii de primæva omnium rerum communione, quam Zieglerus ad Grot. aliique oppugnant, & rectæ rationi, & sacro codici, & principiis juris Romani optime convenit.

2 Vnusquisque privatus in fundo suo flumini publico adjacente molendinum, etiam non impetrata principis concessione exstruere potest. Secus tamen est in terris Brunsvicensibus per *Recessum provincialem de anno 1597. §. 22. & de anno 1601. §. 13.* Qua de re plura *infra ad titulum de Operis novi nunciatione* dicentur.

3 Errant qui fundos publicos in principem saltem quod ad ususfructum translatos, proprietatem vero apud populum seu rempublicam remanere, putant.

SPE-

SPECIMEN XXVI.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. I. TIT. VIII.

DE

REBVS MOBILIBVS ET IMMOBILIBVS

PVBLICE DEFENSVM

A

JOHANNE DIETERICO BALHORN,

STENDALIA PALAEO-MARCHICO.

D. XXIII. JVNII ANNI CIↃ IↃ CCXIV.

I.

Oppignoratio bonorum omnium mobilium & immobilium etiam nomina complectitur.



Leges quidem noſtræ regulariter ſub appellatione bonorum mobilium & immobilium jura non comprehendunt, ſed illa tertiam bonorum a mobilibus & immobilibus ſeparatam ſpeciem conſtituunt, quemadmodum ex L. 79. §. 1. *de Legat.* 3. L. 15. §. 2. *de Re judic.* & L. 7. §. 4. *de Pecul.* apparet. Ex quo porro, DD. colligunt, donatis alicui vel etiam legatis bonis mobilibus & immobilibus, nomina tamen ſeu debita non contineri, ſed excepta videri. Quam communem ſententiam non impugnabimus, ſed facilius admittemus, cum donationes & legata, quæ merum donatarii lucrum continent, nullumque onus coniunctum habent, minorem favorem in jure reperiant, & reſtringenda potius quam extendenda ſint. L. 39. §. 6.

§. 0. *de Legatis* 1. Caveant ergo, qui amplissimam liberalitatem exercere in alterum volunt, ne, dum nimis soliciti cuncta exprimere & enumerare cupiunt, huiusmodi enumeratione donatario quid adimant. Alia vero nunc succedit quæstio, an ei cui pignus omnium bonorum mobilium & immobilium constitutum est, nullum in nomina & cetera jura jus competat. Non desunt, qui in oppignoratione idem, quod in donatione & legato statuunt, atque obligatis bonis mobilibus & immobilius omnibus, jura obligata non censeri, contendunt. Ita quidem *Faber in Cod. lib.* 8. *tit.* 6. *def.* 14. & *Strykius in caut. contractuum sect.* 2. c. 4. §. 15. existimant. Rationem afferunt, quod nomina, ut diximus, tertiam bonorum speciem afficiant, & generi per subjectas species derogetur *c.* 34. *de Reg. jur. in sexto.* At contrariam sententiam *Franzkius ad tit. π. de Pignoribus n.* 17. *Brunnemannus ad L.* 1. *de Pignoribus n.* 5. & *Bergerus in Oeconomia Juris. lib.* 2. *tit.* 5. §. 9. *n.* 1. amplectuntur, & pignora mobilium & immobilium etiam nomina comprehendunt. Quod nobis quoque verosimilius & æquius videtur. Quum enim in pignoris constitutione creditor de damno vitando agat, justum utique est, ut magis eius ratio habeatur, quam donatarii, qui saltem lucrum quærit. Accedit quod ipse Justinianus in *l.* 9. *C. Quae res pignori obligari* velit, ut hic magis voluntates contrahentium inspiciantur, quam verborum conceptio. Et quoniam plerumque non ipsi contrahentes, sed notarius instrumentum obligationis conscribit, locum habere debet Scævolæ sententia *in l.* 92. *de Reg. juris* proposita, ut scilicet nihil noceat partibus, si librarius in transscribendis stipulationis verbis erret. Contrarium tamen in Ducatu Magdeburgico constitutum est per *Ord. Polit. c.* 49. §. 4. verbis: Da in der Verschreibung aller Haab und Güther, beweg- und unbeweglich, sie seyn anzutreffen, wo sie wollen, Meldung geschiehet, sollen die Nomina, jura & actiones darunter nicht verstanden werden;

II. No-

II.

Nomina seu debita pro mobilibus habentur.

III.

Pignus antichreticum in prædio constitutum ad mobilia refertur.

Iterum monemus, jura omnia, atque adeo etiam nomina seu debita, si proprie loquamur, neque mobilia neque immobilia esse, sed tertiam rerum classem constituere. Accidit tamen interdum, ut necesse sit, ea vel ad immobilia, vel ad mobilia referre. Fac enim, legem alicubi, e.g. Bilefeldæ esse, ut oppignoratio rerum immobilium, nisi a judice confirmetur, wenn sie nicht in das Lager-Buch eingetragen wird, irrita sit, obligatio vero rerum mobilium etiam extraiudicialis valeat. Quid juris in nominibus erit? Hæc sine dubio jure mobilium censebuntur. Cum enim pecunia res mobilis sit, actio, quæ ad illam petendam comparata est, mobilis quoque erit. *L. 15. de Reg. Jur.* Ita sæpius JCti Helmstadienses atque etiam nuper adhuc mense Decembri anni CIↃ IↃ CCXII. judicarunt: die ausser gerichtliche Pfand-Verschreibung ist, so viel des Schuldners Mobilia betrift, worunter auch dessen ausstehende Schulden zu rechnen, beständig. At maius dubium est, quid statuendum sit, si pro debito tali bonum immobile antichretice sit obligatum. Agitata est hæc quæstio in collegio JCtorum Vitembergensium mense Septembri anni CIↃ IↃ CCIX. Lex erat, ut, mortua uxore, maritus superstes bona mobilia omnia, liberi immobilia caperent. Cum ergo in hereditate defunctæ mulieris ager reperiretur, qui eidem pro debito obligatus fuerat ea lege, ut ipsa fructus ex illo, donec debitum solveretur, perciperet: acriter inter se disputabant maritus & liberi, ad quem is ager pertineret. Liberi eum, tanquam rem immobilem sibi vindicabant. Neque argumenta illis sat speciosa

 deerant.

decerant. Jus enim hypothecæ, aiebant, quod matri nostræ competiit, ex obiecto æstimandum est. Id obiectum cum immobile fuerit, hypotheca ipsa quoque pro immobili haberi debet. Urgebant præterea possessionem, quam mater in agro illo obtinuisset. At rationes longe firmiores erant, quibus maritus, agrum istum uxori suæ antichretice oppignoratum sibi tanquam heredi mobiliari deberi, evincebat. Principale enim in debito etiam hypothecario obiectum est pecunia, quæ debetur. Huius gratia nomen contrahitur & pignora constituuntur. Ex ea igitur jus ipsum dijudicari oportet, non ex re illa, quæ accessorie saltem & minus principaliter tanquam pignus intervenit. Illa enim, quæ obligationi constitutæ extrinsecus accedunt, naturam eius non mutant. Nec Doctores desunt, qui claris verbis nomina, tametsi illis pignus vel hypotheca rei immobilis sit anexa, ad mobilia referant. Vide *Berlichium P. 3. Conclusione* 33. *n.* 15. & *Carpzovium P.* 3. *Constit.* 23. *def.* 9. *n.* 7. Quamobrem & JCti Vitembergenses in ea, quam memoravimus, lite secundum maritum judicarunt: Daß diejenigen 15. Rthl. vor welche der streitige Morgen Graß jure antichretico verpfändet gewesen, wenn solche gleich erst nach der Mutter Tode bezahlet worden, dennoch pro re mobili zu achten, diesemnach dem Stief-Vater, als heredi mobiliari seiner Frauen, gehöret, und von ihm gantz wol ohne jemandes Widerspruch eingehoben werden können.

IV.

In pharmacopolio vasa pro rebus immobilibus, merces pro mobilibus habentur.

Quantas dissensiones illa quæstio, an corpus pharmaceuticum, ein Apothecker-Laden, ad res mobiles an ad immobiles referendum sit, inter JCtos Saxonicos peperit. *Bergerus* *in*

in Resolut. Laut. p. 406. *& Oeconomia juris p.* 213. narrat. Lipsienses videlicet corpus eiusmodi una cum vasis & instrumentis rebus immobilibus, Vitembergenses contra rebus mobilibus annumerarunt. Nobis media sententia placet. De ipso jure seu privilegio pharmacopolium exercendi dubium non est, quin illud, si certis ædibus, ut solet, concessum sit, inter immobilia referri debeat. Eodem enim jure, quo ipsa domus, etiam jura illi annexa, e.g. tonstrinæ, cerevisiæ coquendæ, vini vendendi, pharmacopolii, censentur. Vasa quoque & instrumenta in usum pharmacopolii comparata immobilia esse debent propter *l.* 17. §. 7. *de actionibus empti venditi.* Qui dissentiunt, & vasa ista atque instrumenta pro mobilibus habent, urgent potissimum, sola destinatione ex re mobili immobilem fieri non posse, sed requiri præterea conjunctionem & adnexionem. Quæ sententia est *Joannis Cephal. in Consil.* 90. *n.* 62. & confirmari videtur in L. 17. *pr. de actionibus empti & l.* 62. *pr. de Instructo vel instrum. leg.* At falsam hanc opinionem esse, & sola destinatione sine cohæsione rem immobilem effici, ex *l.* 13. §. 31. *l.* 14. *l.* 17. §. 8. *de Actionibus empti l.* 21. ibi: *paucis exceptis de instructo vel instrum. leg.* clarissime apparet. At nunc ad medicamenta ceterasque, quæ in pharmacopolio habentur, merces veniamus. Has inter res immobiles referunt *Collerus Decis.* 186. *n.* 164. *Franzkius in Comment. ad π. de Actionibus empti n.* 205. *Castill. P.* 1. *Controv. Jur. quotidian. c.* 38. *n.* 26. *Mantica de Tacitis & ambiguis conventionibus lib.* 4. *tit.* 15. *n.* 26. Aiunt enim, tabernam hujusmodi mercibus pharmaceuticis instructam corpus aliquod universale & perpetuum esse, ubi quotidie una res in alterius locum surrogatur, quoque ideo pro re immobili reputandum sit *arg. l.* 76. *de Judiciis.* At cum merces a mercatoribus ideo coemantur, ut statim iterum veneant & distrahantur, non possunt illæ perpetuo ad tabernam vel ædes desti-

natæ dici. Accidit; quod Ulpianus in L. 66. *de Verborum signif.* mercis appellationem tantum ad res mobiles refert. Igitur nec merces pharmaceuticæ ad aliam, quam rerum mobilium, classem pertinebunt.

V.

Instrumenta ad officinam immobilem destinata & ipsa immobilia sunt.

Officinæ, quæ per privilegium prædio aut ædibus annexæ sunt, ipsæ quoque immobiles juris intellectu habentur. Et cum officinæ sine instrumentis esse nequeant, hæc etiam immobilia erunt, & vendita officina ad emtorem transibunt. Fundamentum huius & ceterarum omnium, quæ circa doctrinam hanc obveniunt, conclusionum positum est in regula, quam Labeo in *l.* 17. §. 7. *de actionibus emti* proponit: *Ea, quæ perpetui usus causa in ædificiis sunt, ædificii esse; quæ vero ad præsens, non esse ædificii.* Igitur JCti Vitembergenses sic responderunt: Daß der Stief-Vater sich bey dem von eurer Mutter hinterlassenen Hammerwerck vorhandenen Vorrathe, Eisensteinen, Kohlen, Bälge, Hämmer, Ambosse und anderer Instrumenten unter dem Vorwand, daß solche mobilia wären, anzumassen nicht befugt.

VI.

Instrumenta fundi rustici, die Inventarien-Stücke, *pro rebus immobilibus non habentur.*

Regula tamen, quam in præcedente Meditatione ex Labeone proposuimus, exceptionem in instrumento fundi rustici, quod vulgo die Inventarien-Stücke appellamus, patitur. Hoc enim, etsi perpetuo ad fundum destinatum sit, pro immobili non habetur. Atque adeo neque emtor, qui fundum simpliciter comparavit, neque is, cui fundus sine mentione

instru-

instrumentorum legatus est, instrumenta consequuntur. Ita JCti Lipsienses apud *Schilterum Exerc. ad π. 30. §. 130.* & Senatus Appellationum Saxonicus apud *Bergerum in Electis Disceptat. Forens. p.* 1108. judicarunt. Eadem priscorum JCtorum Romanorum sententia fuit. Ita enim Ulpianus in *l. 17. pr. de Actionibus emti*, instrumenta partem fundi aut villæ non esse, ait. Et Callistratus in *l. 14. de Suppellectile legata*, fundo legato instrumentum eius, nisi specialiter expressum sit, non contineri, dicit. Fuere tamen & inter JCtos Romanos, qui contrarium existimarent. *Julius Paulus* certe *Recept. sent. lib. 3. tit. 6.* fundo legato, instrumentum eius ad legatarium pertinere, dicit. Sed hæc opinio, etsi analogiæ juris magis conveniat, a compilatoribus legum Justinianearum reprobata est.

VII.

Specula affixa licet ædibus, non fiunt res immobiles, bene tamen fenestræ.

Dubium oritur ex *l. 12. §. 6. de Instructo vel instrum. leg.* ubi specularia domus pars esse & in emtione domus cedere dicuntur. Hic aliqui non specularia, sed specula legunt atque ea, si affixa sint, immobilia esse & domum sequi putant. At falluntur. Specularia utique legendum est. Per specularia vero non specula, sed fenestræ intelliguntur. Clarissime hoc apparet ex *Martialis lib. 8. Epigr.* 14 ubi, quod in uno versu specularia dixerat, in altero fenestram appellat. Apparet etiam ex *Senecæ Epistola* 86. qui: *Nunc blattaria*, inquit, *vocant balnea, si qua non ita aptata sunt, ut totius diei solem fenestris amplissimis recipiat. Quantæ nunc aliqui rusticitatis damnant Scipionem, quod non in caldarium suum latis specularibus diem admiserat.* Conficiebantur vero specularia illa ex speculari lapide, qui in Hispania maxime reperiebatur, ut *Plinius Natur. histor. lib. 36. cap. 22.* memorat.

memorat. Sed specula, quæ ad mundum muliebrem in l. 25. §. 10. *de auro argento mundo* referuntur, etsi parieti assigantur, res mobiles manent, nec emtori domus cedunt. Manifestum hoc est ex *l.* 245. *pr. de Verb. signif.* ubi ea, quæ ornatus ædium causa parantur, etsi affigantur, immobilia tamen non fieri dicuntur. Ex quo porro consequitur, nec tapetia, nec imagines, quæ in ædibus sunt, mobilia esse desinere.

VIII.

Pecunia, quæ heredi feudali a coherede pro parte sua ex feudo promittitur, ipsa feudum non est.

Feudum non nisi in prædio, seu re immobili, constituitur. Aliquando tamen consuetudine pecunia seu debitum eatenus pro re immobili habetur, ut ex eo feudum fiat; quod feudum pecuniarium vocant, de quo *Linckeri* quædam dissertatio extat. At quia hoc contra regulas juris feudalis est, feudum tale pecuniarium non facile præsumitur. Domini in primis directi auctoritas necessaria, quippe sine qua feudum esse nequit. Sed exemplo rem illustrabimus. Duo fratres feudum paternum ita inter se diviserant, ut alter illud integrum retineret alterique pro parte sua summam pecuniæ promitteret, pro qua usuras quotannis solveret, & prædium feudale pignoris nexu obligaretur. Controversia deinde, mortuo fratre creditore, oriebatur, an illud debitum pro feudo haberi atque ad heredes feudales transire deberet. Negant JCti Vitembergenses mense Augusto anni CIↃ IↃ CCXI. ex triplici potissimum ratione: primum, quod irregulare feudum nunquam præsumatur, deinde, quod domini auctoritas, sine qua feudum constitui non posse diximus, non accesserit; denique, quod 2. *Feud.* 26. §. *Si Vasallus de beneficio* pecunia, quam vasallus de feudo transigens accipit,

pit, feudum esse negatur. Sic ergo responderunt JCti illi: Haben beyde Brüder in dem Erb-Vergleich paciscirет, daß Berosus dem verstorbenen Georgio wegen des Guths Gargosa 12514. fl. herausgeben, diese aber in besagtem Guth gegen Landübliche Verzinsung stehen bleiben sollen, so, daß zwar dem Debitori, selbige nach vorhergehender einjähriger Aufkündigung abzuführen, frey stünde, dem Creditori aber dergleichen nicht vergönnet seyn solte. Entstehet also die Frage: ob obige 12514. fl. vor Lehn oder Erbe zu achten? Wiewol nun solche 12514. fl. Georgio wegen seines an dem Lehn-Guth Gargosa habenden Antheils ausgemachet, ihm auch bemeldetes Guth dieserhalben zum Unterpfand eingesetzet, demnach es das Ansehen gewinnet, ob wäre diese Post vor Lehn zu halten; dieweil aber dennoch dasjenige Geld, womit einer aus dem Lehn abgefunden wird, ungeachtet es auf dem Lehn-Guth stehen bleibet, zwar wol ein dibitum feudale, keinesweges aber ein Lehn selbst ist, indem zu einem Lehn, daß es von dem Lehn-Herrn selbst darzu gemacht und gesprochen worden, erfordert wird, und aber in gegenwärtigem Fall nicht einmal zwischen zweyen Brüdern ein deutliches pactum, daß diese Schuld Lehn seyn solte, vorhanden, dergleichen Convention auch tanquam irregularis nicht präsumirt wird; So seynd die in dem Lehn-Guth Gargosa stehende 12514. fl. vor Erbe zu halten.

COROLLARIA.

1 Pecunia ex venditione prædii redacta, & immobilium emtioni iterum destinata, res mobilis est. Dissentit *Meier in Colleg. Arg. tit. de rerum divisione n. 53.*

2 Pecunia præsidii causa reposita, Spar-Pfennig, est res mobilis *L. 79. §. 1. de legatis 3. Dissentit Gail. lib. 2. Obs. 15. n. 8.*

3 Molendina navalia res mobiles sunt. Dissentit *Ebach ad Carpzovium P. 3. C. 24. def. 8. n. 3.*

SPECI-

SPECIMEN XXVII.
MEDITATIONUM AD PANDECTAS
AD LIB. I. TIT. XXI.
DE
COMMISSARIIS
PUBLICE DEFENSUM
A
MARTINO SCHULZE,
STENDALIA PALAEO-MARCHICO.
D. XI. JULII ANNI CIↃ IↃ CC XIV.

I.

Doctrina de commissariis pertinet ad titulum D. de Officio ejus, cui mandata est jurisdictio.



Inter titulos libri primi Digestorum, quorum usus aliquis in judiciis nostris esse potest, penultimus est vigesimus primus, qui *de Officio ejus, cui mandata est jurisdictio*, agit. Cuius tituli occasione interpretes communiter doctrinam de commissionibus & commissariis tractant. Quorum methodum & nos secuti sumus. Equidem non ignoramus, multos cum *Schiltero Exerc. ad π.* 5. §. 22. existimare, commissiones apud nos receptas forma & effectu a Romanorum jurisdictione mandata prorsus differre, ut jus hoc antiquum plane ad commissarios nostros accommodari nequeat. Nec ipsi dissimulamus, maximam doctrinæ de commissariis partem ex consuetudinibus & jure canonico, imprimis ex *titulo X. de Officio & potestate judicis delegati* desumendam esse. Nihilo tamen minus in jurisdictione quoque mandata Romanorum aliqua reperies, quæ cum comissionibus nostris conveniunt. Cum enim ipse

ipse Schilterus fateatur, commissariis etiam nostris interdum decisionem causæ committi solere, non videmus, quam ob rem mandata illis jurisdictio dici non possit. Ait quidem ille: *Propositio tamen vacillat, quod talis habeat mandatam jurisdictionem juris Quiritum.* At licet hoc facillimi largiamur, ex eo tamen non consequitur, *titulum de officio eius, cui mandata est jurisdictio,* ad commissarios non pertinere Etiam rei vindicatio juris Quiritum & interdicta juris Quiritum apud nos non obtinent. Sed *tituli* tamen *D. de Rei vindicatione & interdictis* propterea non antiquati sunt, sed egregium apud nos usum habent. Apparebit quoque ex exemplis, quæ deinde afferemus, controversias plurimas, quæ circa commissarios moventur, ex legibus Romanis decidi posse. Ceterum cum de commissariis satis egregii *Rutgeri Rulandi* commentarii aliorumque lucubrationes extent, nos eorum vestigia hic non legemus, sed observationes tantum nonnullas, quas ipsi passim ex rerum usu desumsimus, proponemus.

II.

Commissarius eadem cum committente persona esse censetur.

III.

Commissarii etiam invito dantur.

Illustris controversia JCtis Vitembergensibus mense Decembri anni cIↄ Iↄ ccx. offerebatur. Contra Principem quendam Imperii, quem Tiberium tantisper appellabimus, cives eius actionem apud Judicium Imperii Aulicum instituerant, obtinuerantque, ut commissarii ad eam causam decernerentur. At Tiberius, ceteroquin litem in summo Imperii tribunali suscipere paratus, commissarios tamen datos recusabat. Urgebat imprimis, neminem invitum ad alium, quam competentem suum, judicem trahi posse.

 Dein-

Deinde privilegium jam olim maioribus ſuis datum aſſerebat, quo ipſi facultas omne aliud judicium, præter Imperatoris & Cameræ Imperalis, deſugiendi concedebatur. Denique *Strykii* auctoritatem obtendebat, qui *in Introductione ad Praxin c.* 2. §. 21. *Commiſſiones*, inquit, *illae, quae a parte una extrahuntur, ad cauſae cognitionem vel compoſitionem, reſpectu alterius non ſunt neceſſitatis, ſed voluntatis, cum nemo a judice ſuo competente ad judicium aliquod extraordinarium ſit trahendus.* Nihilo tamen minus JCti, debere illum commiſſarios agnoſcere, reſponderunt. Largimur equidem facile, neminem poſſe ad alienum judicem trahi. Nec vim memorati privilegii infringimus. At negamus, commiſſarium alienum judicem eſſe. Vna potius eſt cum committente perſona. Nam, qui mandatam jurisdictionem ſuſcepit, proprium nihil habet; ſed eius, qui mandavit, jurisdictione utitur, *L.* 1. *§.* 1. *de Officio eius, cui mand. eſt jurisdict.* Adde *L.* 3. *eod.* Commiſſarius itaque a judicio aulico datus ipſum illud ſummum tribunal repræſentat. Quod deinde ad Strykii locum attinet, is vel intelligendus eſt de caſu, quo alter nullam juſtam petendorum commiſſariorum cauſam habet, vel, ſi Strykius commiſſarios etiam juſte petitos recuſari poſſe putat, aliorum ei JCtorum auctoritatem opponimus, qui uni ex litigantibus ſine calumnia commiſſarios petenti judicem eos denegare non debere, affirmant, ſi ſcilicet appareat, hoc ad compendioſam litis deciſionem ſeu abbreviationem pertinere. Hæc *Mevii* ſententia eſt, qui *P.* 2. *Deciſ.* 164. *&* *P.* 3. *Deciſ.* 203. aſſerit, neque neceſſe, neque commodum eſſe, ut in decernendis ex unius petitione commiſſionibus alter prius audiatur, ſed totam rem ex æquitate & arbitrio judicis pendere. Vide quoque *Carpzovium Deciſione* 220. *n.* 26 *ſqq.* *&* *Martini in Analectis Forenſibus ad Proceſſum tit.* 1. §. 2. *n.* 49. Sed nec opus eſt DD. auctoritate, ubi clara lex adeſt. Extat vero illa

illa in *Ordinatione Judicii Aulici Ferdinandi III. tit.* 2. §. 4. 5. ubi judicio aulico commissarios ad causæ cognitionem decernere permittitur, usque nulli petenti, keiner Parthey, denegentur, præcipitur. Et licet ordines Imperii multa contra *istam Ordinationem* monuerint, hoc tamen caput in monitis suis, quæ *Henniges in Meditationibus ad Instrumentum pacis Spec.* 5. *Mantissa* 2. exhibet, intactum reliquerunt taciteque approbarunt. Huc quoque trahi possunt *Rec. Imp. de anno* 1654 §. 47. *&* *Instrum. Pac. Osnabr. Art.* 5. §. 51. Sic ergo responderunt memorati JCti: Haben einige Unterthanen ihren Landesherren, einen vornehmen und unmittelbaren Reichsstand, bey Kayserl. Maj. und Dero Reichs-Hofrath, als Bevollmächtigte des ganzen Landes, wegen unterschiedner Puncte, insonderheit überhäufter Collecten, Diensten und anderer Beschwerungen verklaget, auch commissionem Cæsaream ausgewürcket. Wannenhero zu wissen verlanget wird, ob der Landesherr, wenn er sich vor dem Reichs-Hofrath, tanquam foro competente, einlassen und daselbst seine Sache ausmachen will, allda zu hören und mit Annehmung der Commission zu verschonen sey. Ob nun wol derselbe für sich ein privilegium exemtionis, Krafft dessen er vor keinem andern Gerichte, als vor Ihro Kayserl. Majest. und der Reichs-Cammer zu stehen, und Recht zu nehmen schuldig, anführet; Dieweil aber dennoch ein Commissarius im Nahmen und von wegen desjenigen, so ihn verordnet, seine Gerichtsbarkeit exerciret, diesemnach eigentlich für keinen andern und fremden Richter zu halten ist, sondern seines Committentis Person und Amt präsentiret, hiernächst die Commissiones leichtlich niemand, der solche auch wider Willen des andern Theils suchet, ohne wichtige Ursach zu verweigern, wie solches also deutlich auch in Ferdinandi III. Reichs-Hofraths-Ordnung verordnet, und sogar mit dem obangezogenen privilegio exemtionis, sonderlich wegen der letzten darinnen enthaltenen Worte: Kammer-Gerichten im Heil. Röm.

 Reich,

decrant. Jus enim hypothecæ, aiebant, quod matri nostræ competiit, ex obiecto æstimandum est. Id obiectum cum immobile fuerit, hypotheca ipsa quoque pro immobili haberi debet. Urgebant præterea possessionem, quam mater in agro illo obtinuisset. At rationes longe firmiores erant, quibus maritus, agrum istum uxori suæ antichretice oppignoratum sibi tanquam heredi mobiliari deberi, evincebat. Principale enim in debito etiam hypothecario obiectum est pecunia, quæ debetur. Huius gratia nomen contrahitur & pignora constituuntur. Ex ea igitur jus ipsum dijudicari oportet, non ex re illa, quæ accessorie saltem & minus principaliter tanquam pignus intervenit. Illa enim, quæ obligationi constitutæ extrinsecus accedunt, naturam eius non mutant. Nec Doctores desunt, qui claris verbis nomina, tametsi illis pignus vel hypotheca rei immobilis sit anexa, ad mobilia referant. Vide *Berlichium P.* 3. *Conclusione* 33. *n.* 15. *&* *Carpzovium P.* 3. *Constit.* 23. *def.* 9. *n.* 7. Quamobrem & JCti Vitembergenses in ea, quam memoravimus, lite secundum maritum judicarunt: Daß diejenigen 15. Rthl. vor welche der streitige Morgen Graß jure antichretico verpfändet gewesen, wenn solche gleich erst nach der Mutter Tode bezahlet worden, dennoch pro re mobili zu achten, diesemnach dem Stief-Vater, als heredi mobiliari seiner Frauen, gehöret, und von ihm gantz wol ohne jemandes Widerspruch eingehoben werden können.

IV.

In pharmacopolio vasa pro rebus immobilibus, merces pro mobilibus habentur.

Quantas dissensiones illa quæstio, an corpus pharmaceuticum, ein Apothecker-Laden, ad res mobiles an ad immobiles referendum sit, inter JCtos Saxonicos peperit. *Bergerus in*

in Resolut. Laut. p. 406. *& Oeconomia juris p.* 213. narrat. Lipsienses videlicet corpus eiusmodi una cum vasis & instrumentis rebus immobilibus, Vitembergenses contra rebus mobilibus annumerarunt. Nobis media sententia placet. De ipso jure seu privilegio pharmacopolium exercendi dubium non est, quin illud, si certis ædibus, ut solet, concessum sit, inter immobilia referri debeat. Eodem enim jure, quo ipsa domus, etiam jura illi annexa, e. g. tonstrinæ, cerevisiæ coquendæ, vini vendendi, pharmacopolii, censentur. Vasa quoque & instrumenta in usum pharmacopolii comparata immobilia esse debent propter *l.* 17. §. 7. *de actionibus emti venditi.* Qui dissentiunt, & vasa ista atque instrumenta pro mobilibus habent, urgent potissimum, sola destinatione ex re mobili immobilem fieri non posse, sed requiri præterea conjunctionem & adnexionem. Quæ sententia est *Joannis Cephal. in Consil.* 90. *n.* 62. & confirmari videtur in L. 17. *pr. de actionibus emti & l.* 62. *pr. de Instructo vel instrum. leg.* At falsam hanc opinionem esse, & sola destinatione sine cohæsione rem immobilem effici, ex *l.* 13. §. 31. *l.* 14. *l.* 17. §. 8. *de Actionibus emti l.* 21. ibi: *paucis exceptis de instructo vel instrum. leg.* clarissime apparet. At nunc ad medicamenta ceterasque, quæ in pharmacopolio habentur, merces veniamus. Has inter res immobiles referunt *Collerus Decis.* 186. *n.* 164. *Franzkius in Comment. ad π. de Actionibus emti n.* 205. *Castill. P.* 1. *Controv. Jur. quotidian. c.* 38. *n.* 26. *Mantica de Tacitis & ambiguis conventionibus lib.* 4. *tit.* 15. *n.* 26. Aiunt enim, tabernam hujusmodi mercibus pharmaceuticis instructam corpus aliquod universale & perpetuum esse, ubi quotidie una res in alterius locum surrogatur, quoque ideo pro re immobili reputandum sit *arg. l.* 76. *de Judiciis.* At cum merces a mercatoribus ideo coemantur, ut statim iterum veneant & distrahantur, non possunt illæ perpetuo ad tabernam vel ædes desti-

 natæ

deerant. Jus enim hypothecæ, aiebant, quod matri nostræ competiit, ex obiecto æstimandum est. Id obiectum cum immobile fuerit, hypotheca ipsa quoque pro immobili haberi debet. Urgebant præterea possessionem, quam mater in agro illo obtinuisset. At rationes longe firmiores erant, quibus maritus, agrum istum uxori suæ antichretice oppignoratum sibi tanquam heredi mobiliari deberi, evincebat. Principale enim in debito etiam hypothecario obiectum est pecunia, quæ debetur. Huius gratia nomen contrahitur & pignora constituuntur. Ex ea igitur jus ipsum dijudicari oportet, non ex re illa, quæ accessorie saltem & minus principaliter tanquam pignus intervenit. Illa enim, quæ obligationi constitutæ extrinsecus accedunt, naturam eius non mutant. Nec Doctores desunt, qui claris verbis nomina, tametsi illis pignus vel hypotheca rei immobilis sit anexa, ad mobilia referant. Vide *Berlichium P. 3. Conclusione* 33. *n.* 15. & *Carpzovium P.* 3. *Constit.* 23. *def.* 9. *n.* 7. Quamobrem & JCti Vitembergenses in ea, quam memoravimus, lite secundum maritum judicarunt: Daß diejenigen 15. Rthl. vor welche der streitige Morgen Graß jure antichretico verpfändet gewesen, wenn solche gleich erst nach der Mutter Tode bezahlet worden, dennoch pro re mobili zu achten, diesemnach dem Stief-Vater, als heredi mobiliari seiner Frauen, gehöret, und von ihm gantz wol ohne jemandes Widerspruch eingehoben werden können.

IV.

In pharmacopolio vasa pro rebus immobilibus, merces pro mobilibus habentur.

Quantas dissensiones illa quæstio, an corpus pharmaceuticum, ein Apothecker-Laden, ad res mobiles an ad immobiles referendum sit, inter JCtos Saxonicos peperit. *Bergerus* in

in Resolut. Laut. p. 406. *& Oeconomia juris p.* 213. narrat. Lipsienses videlicet corpus eiusmodi una cum vasis & instrumentis rebus immobilibus, Vitembergenses contra rebus mobilibus annumerarunt. Nobis media sententia placet. De ipso jure seu privilegio pharmacopolium exercendi dubium non est, quin illud, si certis ædibus, ut solet, concessum sit, inter immobilia referri debeat. Eodem enim jure, quo ipsa domus, etiam jura illi annexa, e.g. tonstrinæ, cerevisiæ coquendæ, vini vendendi, pharmacopolii, censentur. Vasa quoque & instrumenta in usum pharmacopolii comparata immobilia esse debent propter *l.* 17. §. 7. *de actionibus emti venditi.* Qui dissentiunt, & vasa ista atque instrumenta pro mobilibus habent, urgent potissimum, sola destinatione ex re mobili immobilem fieri non posse, sed requiri præterea conjunctionem & adnexionem. Quæ sententia est *Joannis Cephal. in Consil.* 90. *n.* 62. & confirmari videtur in L. 17. *pr. de actionibus emti & l.* 62. *pr. de Instructo vel instrum. leg.* At falsam hanc opinionem esse, & sola destinatione sine cohæsione rem immobilem effici, ex *l.* 13. §. 31. *l.* 14. *l.* 17. §. 8. *de Actionibus emti l.* 21. ibi: *paucis exceptis de instructo vel instrum. leg.* clarissime apparet. At nunc ad medicamenta ceterasque, quæ in pharmacopolio habentur, merces veniamus. Has inter res immobiles referunt *Collerus Decis.* 186. *n.* 164. *Franzkius in Comment. ad π. de Actionibus emti n.* 205. *Castill. P.* 1. *Controv. Jur. quotidian. c.* 38. *n.* 26. *Mantica de Tacitis & ambiguis conventionibus lib.* 4. *tit.* 15. *n.* 26. Aiunt enim, tabernam hujusmodi mercibus pharmaceuticis instructam corpus aliquod universale & perpetuum esse, ubi quotidie una res in alterius locum surrogatur, quoque ideo pro re immobili reputandum sit *arg. l.* 76. *de Judiciis.* At cum merces a mercatoribus ideo coemantur, ut statim iterum veneant & distrahantur, non possunt illæ perpetuo ad tabernam vel ædes desti-

 natæ

natæ dici. Accidit; quod Ulpianus in L. 66. *de Verborum signif.* mercis appellationem tantum ad res mobiles refert. Igitur nec merces pharmaceuticæ ad aliam, quam rerum mobilium, classem pertinebunt.

V.

Instrumenta ad officinam immobilem destinata & ipsa immobilia sunt.

Officinæ, quæ per privilegium prædio aut ædibus annexæ sunt, ipsæ quoque immobiles juris intellectu habentur. Et cum officinæ sine instrumentis esse nequeant, hæc etiam immobilia erunt, & vendita officina ad emtorem transibunt. Fundamentum huius & ceterarum omnium, quæ circa doctrinam hanc obveniunt, conclusionum positum est in regula, quam Labeo in *l.* 17. §. 7. *de actionibus emti* proponit: *Ea, quæ perpetui usus causa in ædificiis sunt, ædificii esse; quæ vero ad præsens, non esse ædificii.* Igitur JCti Vitembergenses sic responderunt: Daß der Stief-Vater sich bey dem von eurer Mutter hinterlassenen Hammerwerck vorhandenen Vorrathe, Eisensteinen, Kohlen, Bälge, Hämmer, Ambosse und anderer Instrumenten unter dem Vorwand, daß solche mobilia wären, anzumassen nicht befugt.

VI.

Instrumenta fundi rustici, die Inventarien-Stücke, *pro rebus immobilibus non habentur.*

Regula tamen, quam in præcedente Meditatione ex Labeone proposuimus, exceptionem in instrumento fundi rustici, quod vulgo die Inventarien-Stücke appellamus, patitur. Hoc enim, etsi perpetuo ad fundum destinatum sit, pro immobili non habetur. Atque adeo neque emtor, qui fundum simpliciter comparavit, neque is, cui fundus sine mentione instru-

instrumentorum legatus est, instrumenta consequuntur. Ita JCti Lipsienses apud *Schilterum Exerc. ad π.* 30. §. 130. & Senatus Appellationum Saxonicus apud *Bergerum in Electis Disceptat. Forens. p.* 1108. judicarunt. Eadem priscorum JCtorum Romanorum sententia fuit. Ita enim Ulpianus in *l.* 17. *pr. de Actionibus emti*, instrumenta partem fundi aut villæ non esse, ait. Et Callistratus in *l.* 14. *de Suppellectile legata*, fundo legato instrumentum eius, nisi specialiter expressum sit, non contineri, dicit. Fuere tamen & inter JCtos Romanos, qui contrarium existimarent. *Julius Paulus* certe *Recept. sent. lib.* 3. *tit.* 6. fundo legato, instrumentum eius ad legatarium pertinere, dicit. Sed hæc opinio, etsi analogiæ juris magis conveniat, a compilatoribus legum Justinianearum reprobata est.

VII.

Specula affixa licet ædibus, non fiunt res immobiles, bene tamen fenestræ.

Dubium oritur ex *l.* 12. §. 6. *de Instructo vel instrum. leg.* ubi specularia domus pars esse & in emtione domus cedere dicuntur. Hic aliqui non specularia, sed specula legunt atque ea, si affixa sint, immobilia esse & domum sequi putant. At falluntur. Specularia utique legendum est. Per specularia vero non specula, sed fenestræ intelliguntur. Clarissime hoc apparet ex *Martialis lib.* 8. *Epigr.* 14 ubi, quod in uno versu specularia dixerat, in altero fenestram appellat. Apparet etiam ex *Senecæ Epistola* 86. qui: *Nunc blattaria, inquit, vocant balnea, si qua non ita aptata sunt, ut totius diei solem fenestris amplissimis recipiat. Quantæ nunc aliqui rusticitatis damnant Scipionem, quod non in caldarium suum latis specularibus diem admiserat.* Conficiebantur vero specularia ista ex speculari lapide, qui in Hispania maxime reperiebatur, ut *Plinius Natur. histor. lib.* 36. *cap.* 22.

 memorat.

memorat. Sed specula, quæ ad mundum muliebrem in l. 25. §. 10. *de auro argento mundo* referuntur, etsi parieti affigantur, res mobiles manent, nec emtori domus cedunt. Manifestum hoc est ex *l.* 245. *pr. de Verb. signif.* ubi ea, quæ ornatus ædium causa parantur, etsi affigantur, immobilia tamen non fieri dicuntur. Ex quo porro consequitur, nec tapetia, nec imagines, quæ in ædibus sunt, mobilia esse desinere.

VIII.

Pecunia, quæ heredi feudali a coherede pro parte sua ex feudo promittitur, ipsa feudum non est.

Feudum non nisi in prædio, seu re immobili, constituitur. Aliquando tamen consuetudine pecunia seu debitum eatenus pro re immobili habetur, ut ex eo feudum fiat; quod feudum pecuniarium vocant, de quo *Linckeri* quædam dissertatio extat. At quia hoc contra regulas juris feudalis est, feudum tale pecuniarium non facile præsumitur. Domini in primis directi auctoritas necessaria, quippe sine qua feudum esse nequit. Sed exemplo rem illustrabimus. Duo fratres feudum paternum ita inter se diviserant, ut alter illud integrum retineret alterique pro parte sua summam pecuniæ promitteret, pro qua usuras quotannis solveret, & prædium feudale pignoris nexu obligaretur. Controversia deinde, mortuo fratre creditore, oriebatur, an illud debitum pro feudo haberi atque ad heredes feudales transire deberet. Negant JCti Vitembergenses mense Augusto anni CIↃ IↃ CCXI. ex triplici potissimum ratione: primum, quod irregulare feudum nunquam præsumatur, deinde, quod domini auctoritas, sine qua feudum constitui non posse diximus, non accesserit; denique, quod 2. *Feud.* 26. §. *Si Vasallus de beneficio* pecunia, quam vasallus de feudo transigens accipit,

pit, feudum esse negatur. Sic ergo responderunt JCti illi: Haben beyde Brüder in dem Erb-Vergleich pacisciret, daß Berosus dem verstorbenen Georgio wegen des Guths Gargosa 12514. fl. herausgeben, diese aber in besagtem Guth gegen Landübliche Verzinsung stehen bleiben sollen, so, daß zwar dem Debitori, selbige nach vorhergehender einjähriger Aufkündigung abzuführen, frey stünde, dem Creditori aber dergleichen nicht vergönnet seyn solte. Entstehet also die Frage: ob obige 12514. fl. vor Lehn oder Erbe zu achten? Wiewol nun solche 12514. fl. Georgio wegen seines an dem Lehn-Guth Gargosa habenden Antheils ausgemachet, ihm auch bemeldetes Guth dieserhalben zum Unterpfand eingesetzet, demnach es das Ansehen gewinnet, ob wäre diese Post vor Lehn zu halten; dieweil aber dennoch dasjenige Geld, womit einer aus dem Lehn abgefunden wird, ungeachtet es auf dem Lehn-Guth stehen bleibet, zwar wol ein dibitum feudale, keinesweges aber ein Lehn selbst ist, indem zu einem Lehn, daß es von dem Lehn-Herrn selbst darzu gemacht und gesprochen worden, erfordert wird, und aber in gegenwärtigem Fall nicht einmal zwischen zweyen Brüdern ein deutliches pactum, daß diese Schuld Lehn seyn solte, vorhanden, dergleichen Convention auch tanquam irregularis nicht präsumirt wird; So seynd die in dem Lehn-Guth Gargosa stehende 12514. fl. vor Erbe zu halten.

COROLLARIA.

1 Pecunia ex venditione prædii redacta, & immobilium emtioni iterum destinata, res mobilis est. Dissentit *Meier in Colleg. Arg. tit. de rerum divisione n. 53.*

2 Pecunia præsidii causa reposita, Spar-Pfennig, est res mobilis *L. 79. §. 1. de legatis 3. Dissentit Gail. lib. 2. Obs. 14. n. 8.*

3 Molendina navalia res mobiles sunt. Dissentit *Ebach ad Carpzovium P. 3. C. 24. def. 8. n. 3.*

SPECI-

SPECIMEN XXVII. MEDITATIONUM AD PANDECTAS AD LIB. I. TIT. XXI.

DE

COMMISSARIIS

PUBLICE DEFENSUM

A

MARTINO SCHULZE,

STENDALIA PALAEO-MARCHICO.

D. XI. JULII ANNI CIↃ IↃ CC XIV.

I.

Doctrina de commissariis pertinet ad titulum D. de Officio ejus, cui mandata est jurisdictio.



Inter titulos libri primi Digestorum, quorum usus aliquis in judiciis nostris esse potest, penultimus est vigesimus primus, qui *de Officio ejus, cui mandata est jurisdictio*, agit. Cuius tituli occasione interpretes communiter doctrinam de commissionibus & commissariis tractant. Quorum methodum & nos secuti sumus. Equidem non ignoramus, multos cum *Schiltero Exerc. ad π.* 5. §. 22. existimare, commissiones apud nos receptas forma & effectu a Romanorum jurisdictione mandata prorsus differre, ut jus hoc antiquum plane ad commissarios nostros accommodari nequeat. Nec ipsi dissimulamus, maximam doctrinæ de commissariis partem ex consuetudinibus & jure canonico, imprimis ex *titulo X. de Officio & potestate judicis delegati* desumendam esse. Nihilo tamen minus in jurisdictione quoque mandata Romanorum aliqua reperies, quæ cum comissionibus nostris conveniunt. Cum enim ipse

ipse Schilterus fateatur, commissariis etiam nostris interdum decisionem causæ committi solere, non videmus, quam ob rem mandata illis jurisdictio dici non possit. Ait quidem ille: *Propositio tamen vacillat, quod talis habeat mandatam jurisdictionem juris Quiritum.* At licet hoc facillimi largiamur, ex eo tamen non consequitur, *titulum de officio eius, cui mandata est jurisdictio,* ad commissarios non pertinere Etiam rei vindicatio juris Quiritum & interdicta juris Quiritum apud nos non obtinent. Sed *tituli* tamen *D. de Rei vindicatione & interdictis* propterea non antiquati sunt, sed egregium apud nos usum habent. Apparebit quoque ex exemplis, quæ deinde afferemus, controversias plurimas, quæ circa commissarios moventur, ex legibus Romanis decidi posse. Ceterum cum de commissariis satis egregii *Rutgeri Rulandi* commentarii aliorumque lucubrationes extent, nos eorum vestigia hic non legemus, sed observationes tantum nonnullas, quas ipsi passim ex rerum usu desumsimus, proponemus.

II.

Commissarius eadem cum committente persona esse censetur.

III.

Commissarii etiam invito dantur.

Illustris controversia JCtis Vitembergensibus mense Decembri anni CIↃ IↃ CCX. offerebatur. Contra Principem quendam Imperii, quem Tiberium tantisper appellabimus, cives eius actionem apud Judicium Imperii Aulicum instituerant, obtinuerántque, ut commissarii ad eam causam decernerentur. At Tiberius, ceteroquin litem in summo Imperii tribunali suscipere paratus, commissarios tamen datos recusabat. Urgebat imprimis, neminem invitum ad alium, quam competentem suum, judicem trahi posse.

Deinde privilegium jam olim maioribus suis datum afferebat, quo ipsi facultas omne aliud judicium, præter Imperatoris & Cameræ Imperalis, defugiendi concedebatur. Denique *Strykii* auctoritatem obtendebat, qui *in Introductione ad Praxin c.* 2. §. 21. *Commissiones*, inquit, *illae, quae a parte una extrahuntur, ad causae cognitionem vel compositionem, respectu alterius non sunt necessitatis, sed voluntatis, cum nemo a judice suo competente ad judicium aliquod extraordinarium sit trahendus.* Nihilo tamen minus JCti, debere illum commissarios agnoscere, responderunt. Largimur equidem facile, neminem posse ad alienum judicem trahi. Nec vim memorati privilegii infringimus. At negamus, commissarium alienum judicem esse. Vna potius est cum committente persona. Nam, qui mandatam jurisdictionem suscepit, proprium nihil habet; sed eius, qui mandavit, jurisdictione utitur, *L.* 1. §. 1. *de Officio eius, cui mand. est jurisdict.* Adde *L.* 3. *eod.* Commissarius itaque a judicio aulico datus ipsum illud summum tribunal repræsentat. Quod deinde ad Strykii locum attinet, is vel intelligendus est de casu, quo alter nullam justam petendorum commissariorum causam habet, vel, si Strykius commissarios etiam juste petitos recusari posse putat, aliorum ei JCtorum auctoritatem opponimus, qui uni ex litigantibus sine calumnia commissarios petenti judicem eos denegare non debere, affirmant, si scilicet appareat, hoc ad compendiosam litis decisionem seu abbreviationem pertinere. Hæc *Mevii* sententia est, qui *P.* 2. *Decis.* 164. & *P.* 3. *Decis.* 205. afferit, neque necesse, neque commodum esse, ut in decernendis ex unius petitione commissionibus alter prius audiatur, sed totam rem ex æquitate & arbitrio judicis pendere. Vide quoque *Carpzovium Decisione* 220. *n.* 26 *sqq.* & *Martini in Analectis Forensibus ad Processum tit.* 1. §. 2. *n.* 49. Sed nec opus est DD. auctoritate, ubi clara lex adest. Extat vero

illa

illa in *Ordinatione Judicii Aulici Ferdinandi III. tit.* 2. §. 4. 5. ubi judicio aulico commissarios ad causæ cognitionem decernere permittitur, usque nulli petenti, keiner Parthey, denegentur, præcipitur. Et licet ordines Imperii multa contra *istam Ordinationem* monuerint, hoc tamen caput in monitis suis, quæ *Henniges in Meditationibus ad Instrumentum pacis Spec.* 5. *Mantissa* 2. exhibet, intactum reliquerunt taciteque approbarunt. Huc quoque trahi possunt *Rec. Imp. de anno* 1654 §. 47. *&* *Instrum. Pac. Osnabr. Art.* 5. §. 51. Sic ergo responderunt memorati JCti: Haben einige Unterthanen ihren Landesherren, einen vornehmen und unmittelbaren Reichsstand, bey Kayserl. Maj. und Dero Reichs-Hofrath, als Bevollmächtigte des ganzen Landes, wegen unterschiedner Puncte, insonderheit überhäuffter Collecten, Diensten und anderer Beschwerungen verklaget, auch commissionem Cæsaream ausgewürcket. Wannenhero zu wissen verlanget wird, ob der Landesherr, wenn er sich vor dem Reichs-Hofrath, tanquam foro competente, einlassen und daselbst seine Sache ausmachen will, allda zu hören und mit Annehmung der Commission zu verschonen sey. Ob nun wol derselbe für sich ein privilegium exemtionis, Kraft dessen er vor keinem andern Gerichte, als vor Ihro Kayserl. Majest. und der Reichs-Cammer zu stehen, und Recht zu nehmen schuldig, anführet; Dieweil aber dennoch ein Commissarius im Nahmen und von wegen desjenigen, so ihn verordnet, seine Gerichtsbarkeit exerciret, diesemnach eigentlich für keinen andern und fremden Richter zu halten ist, sondern seines Committentis Person und Amt präsentiret, hiernächst die Commissiones leichtlich niemand, der solche auch wider Willen des andern Theils suchet, ohne wichtige Ursach zu verweigern, wie solches also deutlich auch in Ferdinandi III. Reichs-Hofraths-Ordnung verordnet, und sogar mit dem obangezogenen privilegio exemtionis, sonderlich wegen der letzten darinnen enthaltenen Worte: Kammer-Gerichten im Heil. Röm.

 Reich,

Reich, oder andern ihren vermöge ermeldetes unsers Kammer-Gerichts publicirter Ordnung ungemittelten Richtern; übereinkömmt; So mag der angeführte Landesherr vor der Kayserl. Commission zu stehen sich nicht entbrechen.

IV.

Commissiones in medio processu decerni non debent.

Commissarii ideo potissimum dantur, ut lis brevior reddatur, & compendiaria via expediatur. Igitur cavendum est sedulo, ne unus alterve litigantium hoc remedio magis ad extrahendam litem utatur. *Reperiuntur enim non raro*, ut verbis *Carpzovii in processu cap.* 9. *Art.* 3. §. 86 *sqq.* utar, *homines malitiosi, qui vel ex pravo affectu, vel causidicorum petulantia commissionis remedio abutuntur, efflagitantes illud, saltem quo post litem finitam executioni se subtrahant, vel novis technis partem implicent adversam & processum ordinarium jam institutum remorentur. Quod si unus litigantium attentaverit, altero invito, processum non retardabitur, sed locus datur præventioni. Cum enim per actionem jam institutam & bona ex parte ventilatam litigantes sibi jus ulterius procedendi acquisiverint, neutri eorum invito per commissionem ab altero id inverti, nec processus, semel cœptus contra voluntatem litigantium turbari poterit.* L. 2. §. merito 10 & §. si quis a principe 16. ff. Ne quid in loco publico L. 4. C. de Emanc. liber. Anton Fab. in Codice Lib. 6. tit. 5. defin. 2. n. 2. *Idque nec princeps commissionem decernendo fecisse præsumitur, cuius intentio procul dubio est, ut, parte utraque consentiente, commissio pro tractanda amicabili compositione suscipiatur, ne potestate sua abusus videatur, quippe cui fas non est, jura subditorum invertere,* dict. L. 2. §. si quis a principe 16 ff. Ne quid in loco publ. Quibus *Carpzovii* rationibus, quas idem ille *Decis.* 220. & *Lib.* 2. *Responso* 51. nec non

non *Brunnemannus ad Lib. 58. de Judiciis n. 5.* copiosius exequuntur, nos quoque moti existimamus, non debere principem, instituta jam & pendente actione, invita alterutra parte; per commissarios datos cursum judicii interrumpere, &, si dederit, partibus exceptionem litis pendentis salvam manere. In qua sententia tanto magis confirmamur, quod animadvertimus, ipsi quoque Imperatori & summis Imperii tribunalibus facultatem interrumpendæ per commissarios litis pendentis lege publica ademtam esse. Vide *Constitutionem Judicii Aulici Ferdinandi III. Tit. 2. §.* Wir befehlen auch hiermit *& Ord. Cam. P. 2. tit. 35.* Quapropter sic responderunt JCti Vitembergenses mense Maio anni CIↃ IↃ CCIX. Wollen Arnold Heinrich, und der Advocatus fisci, Durandus, welcher ex cessione Arnold Heinrichs klaget, ihre wider Otto Ludewigen habende Foderung vor der angeordneten Commission fortsetzen, dagegen Otto Ludewig exceptionem litispendentiæ, &, quod nemo invitus ad commissionem possit compelli, vorschützet. Da denn zu wissen begehret wird, ob Otto Ludewig wider seinen Willen sich mit Arnold Heinrichen, ungeachtet der angeführten litispendenz, vor der Commission einzulassen angehalten werden könne. Ob nun wol Arnold Heinrich fürwendet, der Landesherr könne ex plenitudine potestatis, und, wenn er siehet, daß es dem gemeinen Besten ersprießlich, oder sonst nöthig, mit Uebergehung des Judicis ordinarii, wenn schon vor solchem die Sache bereits anhängig gemacht wäre, selbige ad Commissionem ziehen. Dennoch aber und dieweil der Landesherr seinen Unterthanen ihre Rechte und Privilegia ohne sattsame Ursach, dergleichen allhier nicht vorhanden, zu benehmen und zu beschneiden nicht vermag, und nicht einmal, daß er solches thun wollen, zu vermuthen ist; und aber bereits durch die von Arnold Heinrichs Vater vor dem Regimine Ducatus Megalis erhobene Klage und insinuirte Citation litispendentia inducirt ist, so durch keine anderwärtige

Jurisdiction, auch nicht durch ausgebrachte Commission interrumpiret werden mag, wie denn auch Kayserl. Majest. selbst in denen Reichs-Gesetzen ihr die Macht, dergleichen litispendenz durch verordnete Commissiones zu unterbrechen benommen haben; So erscheinet dannenhero so viel, daß Otto Ludewig sich mit Arnold Heinrichen wider seinen Willen vor der Commission einzulassen nicht gezwungen werden mag.

V.

Tunc tamen & in media lite commissarii expeti decernique possunt, cum alteruter litigantium de iniustitia magistratus & damnis sibi per illum illatis apud Principem conqueritur.

Diximus, cœptam jam litem & institutum judicium per commissiones interrumpi non debere. Quo ipso tamen Principi manus ita ligare nolumus, ut is, si quidem justum hoc ei & æquum videatur, non possit ab hac regula recedere & in media aliquando lite cognitionem eius & decisionem aliquibus extra ordinem committere. Innumera enim quotidie contingunt, quæ, ut causa ab eodem, sub quo inchoata fuit, judice pertractetur, impediunt. Fac enim judicem illum ordinarium commissæ iniustitiæ insimulari, fac, alterutrum litigantem de iniuria sibi ab eo facta damnisque illatis queri. Tunc certe necesse est, ut hæc controversia per commissarios investigetur decidaturque, nec licebit magistratui commissarios istos opposita exceptione litis pendentis recusare. Ita responderunt JCti Helmstadienses mense Februario anni CIↃ IↃ CCXVII: Wird gefraget, ob der Amtmann nicht wegen des bißherigen Verfahrens gegen ihn sich bey Königl. Majestät höchsten Person allerunterthänigst zu beschweren, restitutionem bonorum und eine unpartheyische Commission zu rechtlicher Einsehung und Ausmachung

machung der Notaten zu suchen Ursach und zu erhalten Hofnung habe. Wiewol nun die Cammer sonder Zweifel vorgeben wird, es sey die Sache bereits anhängig gemacht, und finde also nunmehr, bekannten Rechten nach, die Commission keine weitere statt, da nicht einmal denen höchsten Reichs-Judiciis die Litispendenz durch Commissiones zu unterbrechen frey stehet; Daferne aber doch die Cammer die Anfangs gemachten Notaten zum Nachtheil des Amtmanns lange Zeit hinterhalten, und gar späte communiciret, auch dessen größten Theils wohlgegründete Beantwortung in gantz keine Betrachtung gezogen, hiernächst über die Defecte des letztern Jahres ihn gar nicht gehöret, gleichwol ohne sattsame Untersuchung der Sache aus beyden Notatis ein Liquidum constituiret, und den Proceß fast ab executione angefangen, auch mit solcher Execution überaus strenge verfahren, und dann bey solcher Bewandniß besagter Amtmann sich über die Cammer zu beschweren und von ihr Erstattung seines Schadens zu suchen, gnugsame Ursache hat, die Cammer auch hierbey partes rei übernehmen muß, folglich die Cognition dieser sie selbst betreffenden Sache nicht prätendiren kan, sondern selbige der von Sr. Königl. Majest. zu verordnenden Commission, welche bey dergleichen Umständen von einem auch wider den Willen des andern Theils ausgebeten werden mag, zu überlassen schuldig ist; So ist der Amtmann wohl befugt, sich über der Cammer Verfahren bey Königl. Majest. höchsten Person allerunterthänigst zu beschweren, restitutionem bonorum und eine unpartheyische Commission zu rechtlicher Entscheidung der ihm gezogenen Notaten zu suchen, und mag solche zu erhalten wohl hoffen.

VI.

Judex quodammodo suspectus non temere removeri debet, sed adiungendus ei est commissarius.

Frequen-

Frequentiſſimum eſt in foro, ut alter litigantium, qui judicem vel minus ſibi propitium metuit, vel jam expertus eſt, exceptionem judicis ſuſpecti opponat, eumque in poſterum habere recuſet, cauſamque ab illo revocari petat. At non ſemper conſulto. Debebant profecto partes circumſpectiores eſſe circa exceptionem ſuſpecti judicis, cum maxima ex illa, ſi intempeſtive proponantur, incommoda profluant. Sæpe enim per illam judex, qui adhuc ſatis æquus fuit, ita offenditur, ut nunc aperte excipienti adverſetur & inimicum ſeſe etiam in aliis cauſis oſtendat. Deinde non raro, iniuriarum actionem contra huiusmodi excipientem, qui exceptionis ſuæ rationem juſtam afferre aut probare non potuit, inſtitutam fuiſſe vidimus. Tandem, cum magiſtratum tanquam ſuſpectum removere cauſamque ab illo avocare durum ſit & magiſtratui illius exiſtimationem non parum lædat, ipſe quoque judex ſuperior, a quo remotio iſta petitur, difficulter his precibus annuit, ſed, quod plerumque fit, eas reiicit, cauſamque apud illum nunc ſine dubio iniquiorem pertractandam relinquit. Igitur his, quibus judex in adverſarium paulo propenſior videtur, ut alio potius remedio utantur, ſuademus. Idem hoc eſt cum eo, quod Modeſtinus in *L. 9. de ſuſpectis tutoribus* proponit. Ait ille, tunc, cum tutor, cui reverentia debetur, a tutela removendus videtur, optimum factum eſſe, ut curator ei potius adiungatur, quam idem cum notata fide & exiſtimatione removeatur. Hæc, quæ de ſuſpecto tutore dicuntur, rectiſſime ad judicem accommodantur. Cum enim & huic a civibus reverentia debeatur, æquiſſimum utique eſt, ut famæ eius, quantum fieri poteſt, parcatur. Itaque non facile, ut removeatur, petendum eſt, ſed potius, ut commiſſarius ei in iſta, quæ nunc ventilatur, cauſa adiungatur. Sic enim & ſecuritati ſuæ proſpiciet petens, nec tamen fama judicis lædetur, nec animus

animus eius tantopere offendetur, & Princeps quoque seu superior judex facilius petitioni huic annuet. Quapropter JCti Vitembergenses mense Martio anni CIↃ IↃ CCX. sic Senatui civitatis cuiusdam municipalis responderunt: Hat Gregorius sich bey Sr. Königl. Majestät über die Herren und deren Stadt-Gerichte wegen eines ihm vermeyntlich zugefügten Unrechts, sonderlich aber ob denegatam justitiam beschweret, und um avocation der vor ihnen schwebenden Rechts-Sache gebeten. Da denn die Herren, ob dieses sein Suchen gegründet, und sie wegen dessen, so sie gethan, einige Verantwortung auf sich geladen, zu wissen verlanget. Ob nun wohl in derselben Verfahren gegen besagten Gregorium ein und der andere Fehler vorgegangen, und solcher sich darüber zu beschweren wohl Ursach hat, so ist er doch weiter nicht, als, daß bey seinem obschwebenden Rechts-Handel ihnen ein andrer Judex adjungiret werde, zu bitten berechtiget.

VII.

Poterit uni personæ simul officium judicis & actuarii committi.

Dubitabatur aliquando, utrum is, cui jurisdictio ab equite quodam, prædii nobilis possessore, commissa erat, ein adelicher Gerichtshalter, simul actuarii vices sustinere posset. Qui id negabant, urgebant imprimis maximum, quod inter utrumque munus intercedat, discrimen, cum alterum domini, alterum ministri sit, quæ ambo in una persona concurrere posse non videntur. Deinde integritatem judiciorum obtendebant, ad quam conservandam omnemque fraudis suspicionem avertendam ista diversa officia constituta sint. Vicit tamen eorum sententia, qui hoc salvo jure & justitia fieri posse, aiebant. Neque enim in jure nostro

infrequens est, uni personæ duplex munus eodem tempore committi, ut vel ex L. 11 *de Officio præsidis* aliisque, quæ ab *Hertio in diss. de Uno homine plures sustinente personas* afferuntur; exemplis apparet. Et quamvis actuarius minister judicii sit, absurdum tamen non est, partes eius a judice expediri. Nec integritas judiciorum sic corrumpitur, sed potius conservatur, cum judex maiorem fidem, quam alius scriba habeat, & præter eum assessores quoque adsint, fraudisque suspicionem avertant. Accedit consuetudo ubivis recepta. Et in Electoratu Saxonico res minus dubii habet, ubi ista consuetudo etiam lege confirmatur in *Dec. Elect.* 45. ibi: Wenn auch einer von Adel, dem geschwornen Actuario die Verwaltung der Gerichte aufgetragen hätte. Aliud exemplum in judicibus bellicis, qui vulgo Auditeurs appellantur, occurrit, de quibus *infra ad tit. de Judiciis* plura dicemus.

COROLLARIA.

1 Commissarius etiam invitus constituitur.

2 Commissario Principis, etsi in summa dignitate constituto, non creditur, antequam mandatum Principis exhibeat.

3 Qui mandavit jurisdictionem, eam sine justa causa revocare potest, etsi mandatarius jam aliquid gerere cœperit.

4 Commissario de his, quæ apud se gesta sunt, testimonium perhibenti major fides quam alii testi, habetur. Quod *infra ad tit. de Testibus* pluribus ostendemus.

SPECI-

SPECIMEN XXVIII.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. I. TIT. XXI.
DE
LIMITIBVS COMMISSIONVM CVSTODIENDIS

PVBLICE DEFENSVM
a
FRIDER. GVSTAV. SCHOVDER,
FRANCOHVSA-SCHWARTZBVRG.
D. XXV. IVLII ANNI CIↃ IↃ CCXIV.

I.

Commissario Principis potestas subdelegandi competit, etsi actum in praesentia sua expedire jussus sit.

Licet is, cui a magistratu inferiore mandata est jurisdictio, eam alteri vicissim mandare nequeat, L. *ult. pr. de Officio ejus*, *cui mandata est jurisdict.* in eo tamen plenior est potestas commissarii a principe constituti, quod is substituere sibi aliquem seu subdelegare possit. Id quod non solum juri Romano in L. 5. *C. de Judiciis* & *L. un. C. qui pro sua jurisd.* sed & canonico in *c.* 27. *pr. X. de Offic. & potest. jud. deleg.* convenit. De eo vero aliquando dubitatum fuisse recordamur, an princeps tunc facultatem subdelegandi adimere censeatur, si commissario, ut actum in praesentia sua expediat, praecipit. Qui hoc affirmabant, urgebant imprimis *c.* 22. *X. de Rescriptis*, ex quo commissarios mandata sibi data ad amussim servare debere, & si fines in una re excesserint, to-

tum negotium irritum esse colligitur. Sed rectius tamen alii, commissarium illum, qui nihilominus subdelegat, non peccare statuebant. Formula enim ista mandatis commissariorum plerumque adjicitur in qua mens principis non fuisse videtur, ut ea jura, quæ alias in commissariis locum habent, tollat. Nam, ut Papinianus in *L.* 56. *pr. Mandati* & *L.* 81. *de Regulis juris* ait, quæ dubitationis tollendæ causa instrumentis inseruntur, jus commune non lædunt. Omnia quippe mandata & negotia sic explicanda sunt, ut a juris dispositione, quantum fieri potest, minime recedatur. Sed nihil dubii superesset, si modo *c. ult.* §. 1. *X. de Officio & potest. jud. delegati* inspiciatur. Quapropter sic responderunt JCti Vitembergenses mense Octobri anni CIↃ IↃ CCIX: Haben Hochfürstliche Durchl. bey einigen wegen Aecker und Holtzung entstandenen Irrungen einem von Dero Beamten commission ertheilet, die Aecker und streitiges Holz in seiner und beyder Theile Gegenwart, so wol mit Zuziehung gewisser darzu vereydigter Leute, zu besichtigen, auszumessen und in Theilung zu bringen. Worauf gemeldeter Commissarius ersteren Tages, da hierzu der Anfang gemacht, sich mit einigen Dorf-Gerichten dahin verfüget, und zur Ausmessung geschritten, bey deren Fortsetzung aber, so noch etliche Tage gewähret, sich nicht wieder eingefunden, sondern solche lediglich denen Dorf-Gerichten überlassen. Entstehet demnach die Frage, ob nicht gedachte Besichtigung, so von denen Dorf-Gerichten in Abwesenheit des Beamten vorgenommen, vor ungültig und nichtig zu achten. Weil aber ein von dem Fürsten selbst, oder dessen Cantzeley und Landes-Regierung geordneter Commissarius, sowol nach Inhalt der gemeinen Kayserlichen als Canonischen Rechte, einen andern an seine Stelle zu setzen wol befugt, welche Gewalt auch in gegenwärtigem Fall dem Fürstlichen Beamten dadurch, daß ihm die Aecker in seiner Gegenwart zu besichtigen, auszumessen und in Theilung zu bringen, anbefohlen worden, nicht benommen

men zu seyn scheinet, in mehrerer Erwegung, daß dergleichen Clausulen, so in allen Commissions-Befehlen gewöhnlich, secundum naturam negotii & substratam materiam zu erklären, folglich die Macht einen andern an seine Stelle zu verordnen, welche die Gesetze dem Commissario zulassen, nicht ausschliessen, da zumal vermöge bekannter Rechte dasjenige, was jemand durch einen andern berichtet, dafür, als sey es von ihm selbst und in seiner Gegenwart geschehen, geachtet wird; So mag die geschehene Besichtigung daher, daß der Commissarius derselben nicht allezeit beygewohnet, sondern die Dorf-Gerichte an seine Stelle verordnet, nicht angefochten werden.

II.

Commissarius Principis, una ex partibus litigantibus dissentiente, subdelegare nequit.

Concessum est commissario Principis subdelegare, non tamen aliter, quam consentiente utraque parte. Quod etsi jure civili necessarium haud fuerit, jure canonico tamen, cuius in hac doctrina potior est auctoritas, requiritur. Vide *c.* 27. *pr.* ibi: *dummodo de partium deputetur vel recipiatur assensu* & §. 1. ibi: *provide statuimus, ut de partium detur vel recipiatur assensu X. de Officio & potestate judicis delegati.* Igitur ante subdelegationem audiendæ sunt partes litigantes, quarum alterutra si recuset subdelegatum, commissarius eum, nisi tutum negotium irritum esse velit, dare nequit. Ita JCti Vitembergenses eodem, quo supra memoravimus, tempore responderunt: Dieweil ein Fürstlicher Commissarius nicht anders, als mit Genehmhaltung beyder Partheyen, einen andern an seinen Platz stellen mag, welches aber allhier nicht in acht genommen worden, indem die eine Parthey solchem Unternehmen so fort contradiciret, so ist die von

 denen

denen Dorf-Gerichten in Abwesenheit des Beamten vorgenommene Besichtigung vor ungültig und nichtig zu achten. Id tamen addendum est, partes litigantes non posse subdelegatum temere ac sine justa causa recusare, sed necesse habere, ut aliquas recusationis suæ rationes indicent. Alias enim commissarius, si eandem negligat, non peccabit: Id quod clare satis ex *d. c. 27. §. 3. & 31 X. de officio & potest. jud. deleg.* apparet.

III.

Negotium a commissario gestum nullum est, si vel in una circumstantia fines mandati excesserit.

Commissiones species mandati sunt. Mandata vero, uti omnes norunt, strictissimæ interpretationis sunt, adeo, ut mandatarius, si quid extra limites sibi præscriptos faciat, nihil agat *L. 5. pr. D. L. 12. C. Mandati.* Idem itaque in commissionibus etiam verum est. Quodsi quis commissarius in una circumstantia vel contra tenorem mandati fecerit, vel aliquid, quod ipsi præceptum fuerat, neglexerit, negotium irritum est. Quæ sententia & in *c. 22. X. de Rescriptis* fundata, & a DD. comprobata, & in foro recepta est. Quapropter JCti Vitembergenses in eo, de quo jam bis diximus, casu inspectionem & divisionem a commissario factam nullam declararunt, propterea, quod homines, quos ad id negotium adhibuerat, jureiurando, uti tamen in mandato jussus erat, non obstrinxisset: Weil ein jeder Commissarius der ihm ertheilten Commission allenthalben auf das genaueste nachzuleben verbunden, dergestalt, daß die Handlungen, worinnen er auch nur im geringsten davon abgehet, nichtig und unkräftig seynd; So hat es der Fürstliche Beamte in diesem Stück versehen, daß er die darzu gezogene Personen, wie es doch in dem Commissoriali anbefohlen gewesen, nicht absonderlich vereyden lassen. Sed alio exemplo rem illustrabimus. Concesserat princeps cui-

dam

dam privilegium cerevisiæ in certis ædibus coquendæ, sed illud ad personam possessoris præsentis liberorumque eius restrinxerat, simul tamen commissarios dederat, qui, causa cognita, negotium conficerent limitesque privilegio exercendo præscriberent. At hi liberaliores instrumento super negotio a se gesto confecto inseruerant, jus illud coquendæ cerevisiæ ipsis ædibus inhærere debere. Quæsitum itaque fuit, an non hoc modo privilegium istud reale factum esset, adeoque ad extraneum possessorem transferri posset. Negarunt JCti Vitembergenses mense Octobri anni cIↃ IↃ ccxi. ex iisdem, quæ supra memoravimus, principiis: Ob wol die zu Einrichtung des Wercks verordnete Commissarii das Werck also befestiget, daß Ludewig und sein Weib samt deren beyderseits Nachkommen sich des Brauens, Schenckens, Aufschüttens, und was dem anhängig, auf ihrem Hause gleich andern Brauhöfen gebrauchen mögen, und solches alles darauf haften solle; welches die Vermuthung, daß die auf das Haus gebrachte Gerechtigkeit ein jus reale sey, nicht wenig zu bestärcken scheinet; Dennoch aber und dieweil das Churfürstl. privilegium nur von Ludwigen und seinen Descendenten redet, also wider des Concedenten deutlich bezeugten Willen nicht weiter auf einen tertium possessorem zu extendiren ist, ferner ein Commissarius an dem ertheilten Commissoriali auf das genauste gebunden ist, und sonder Nullität nichts mehr oder weniger thun kan; So seynd die von denen Commissarien gebrauchte Worte: solches alles darauf haften solle, nach dem Inhalt des privilegii selbst zu erklären.

IV.

Officium commissarii ad litem transigendam & amice componendam dati exspirat, si suasiones ejus effectum non habuerint.

Sæpe commissarii ad amicam saltem compositionem inter partes tentandam dantur. Atque hic sine dubio juris-

dictio-

dictionem nullam habent. Igitur, si quidem tentamen eorum effectu caruerit, & partes transactionem recusarint, commissio tota exspirat, atque res in pristinum statum redit, arg. *c.* 4. *pr. X. de Officio & potest. jud. deleg.* Ex his manifestum est, non posse alterutram partem, si deinde apud ordinarium judicem conveniatur & respondere cogatur, exceptionem litis pendentis opponere. Et ita judicarunt JCti Vitembergenses mense Decembri anni CIↃ IↃ CCXI: **Daß die Exceptio litis coram Commissione pendentis anjetzo, da der gesuchte gütliche Vergleich, dessenthalben die Commission angeordnet gewesen, fruchtloß abgelaufen, keine weitere statt findet.**

V.

Commissarii ad decidendam litem dati sub pœna confessi & convicti citari possunt, ad amicabilem compositionem constituti non item.

Illam quoque quæstionem in facto contigisse, recordamur. Commissarius quidam a principe cum potestate causam decidendi datus litigantes ad se legitime citarat. Ex quibus cum unus non comparuisset, & alter contumaciam eius accusasset, commissarius citationem iteraverat, & pœnam confessi & convicti adjecerat. Illo itaque in contumacia perseverante, nullamque absentiæ suæ causam afferente, adversarius petebat, ut pro confesso nunc & convicto declararetur. Dubitabatur magnopere, an hoc commissario liceret, & an non eo ipso, quod litigantes sub pœna confessi & convicti in jus vocarat, peccarit. *Rulandus*, cuius in hac doctrina magna est apud Practicos auctoritas, nihil de facultate sic citandi in commentariis suis, quos *de commissariis* scripsit, nec *in capite* 3. nec 7. *P.* 1. *lib.* 5. ubi de citatione & contumacia agit, habet. Ex cuius silentio aliquod pro contumace argumentum desumi posse videbatur.

His

His tamen non obstantibus putamus comminationem illam citationi recte additam fuisse, & effectum utique habere debere. Quod his potissimum rationibus evincere conamur. Primum commissarii solitum judiciorum ordinem in procedendo servare jubentur. Nihil vero est in judiciis usitatius, quam ut contumaces, sub pœna confessi & convicti, in jus vocentur. Deinde clara est L. 2. *Jurisdictione*, in qua, data jurisdictione, ea quoque concedi dicuntur, sine quibus jurisdictio explicari non potest, seu uti DD. hæc verba interpretantur, quæ ad tuendam jurisdictionem pertinent. Id quod evidentius adhuc ex L. 5. §. 1. *de Officio ejus, cui mandata est jurisdictio*, apparet, ubi mandata jurisdictione etiam imperium, quod non est merum, mandari dicitur, quia jurisdictio sine coërcitione nulla sit. At pœnam illam confessi & convicti esse remedium tuendæ jurisdictionis & coercendi contumaces, atque ad mixtum imperium pertinere, nemo ignorat. Et ut illis quoque satisfaciamus, qui officium & potestatem commissariorum magis ex canonico, quam civili, jure desumi debere autumant, ad *c.* 5. *X. de Officio & potestate judicis delegati* provocamus, in quo judici delegato permittitur, cogere contumacem, ut veniat, & damnare, si non veniat, etsi id literæ commissionis non contineant. Sed hæc omnia, quæ diximus, de eo saltem commissario intellecta volumus, qui ad decisionem causæ simul constitutus est. At si quis saltem ad amicam compositionem aut simplicem cognitionem & relationem, aut actum alium judicialem expediendum datus sit, is eadem potestate non gaudebit. Nam & in L. 5. §. 1. *de Officio eius, cui mand. est jurisdict. & L.* 2. *de Jurisdict.* requiritur, ut ei, qui coercere vult, jurisdictio data sit, & secundum *c.* 5. *X. de Officio & potest. jud deleg.* necesse est, ut causa commissario simpliciter sit delegata.

VI.

Commissarii aliqua, quæ in mandato commissionis non continentur, possunt.

Recte *Strykius in Introductione ad Praxin. c. 2. §. 11.* observat, haud raro nimium superstitiosos esse, qui coram commissario causam peragunt, ne ullo modo commissionis limites excedantur. Illi vero nosse debebant, limites hos non confestim excedi, cum quid agitur, quod verbis expressis in rescripto commissionis non continetur, dummodo id implicite contineatur. Nam, ut bene ait *Linckerus in Anal. ad Desselii Erotemata l. 1. tit. 29. qu. 6.* commissarius non ea solum potest, quæ diserte in formula habentur, sed etiam, quæ ex natura rei fluunt; quippe quæ mandato ne quidem inseri, sed prudentiæ & dexteritati mandatarii committi solent. Eadem Alexandri III. pontificis sententia est, qui in *c. 5. X. de Officio & potestate judicis delegati*: *Ex eo*, inquit, *quod causa sibi committitur, super omnibus, quæ ad causam ipsam spectare noscuntur, plenariam recipit potestatem.* Vix igitur nimiam superstitionis notam effugient hi, qui, cum commissario simplex causæ cognitio, die Sache zu untersuchen, demandata esset, dubitarunt, an illi potestas vocandi & examinandi testes, quia ea verbis non comprehendebatur, competeret. Competebat enim sine dubio, cum causa, partibus sibi contradicentibus, cognosci nequeat, nisi testes vel alia probationis genera adhibeantur.

VII.

Is, cui defensio alterius commissa est, spoliatum in continenti restituere potest.

Est aliqua species commissariorum, qui conservatores in *c. 1. de Officio & potestate judicis deleg. in sexto* vocantur, quibus

bus nimirum a judice defensio alicuius, qui turbationem ab altero metuit, committitur. Quod genus commissionis non infrequens hodie esse, illi, qui in foro versantur, norunt. Quæritur vero, an conservatores isti potestatem habeant, eos, quos tuendos susceperunt, quoque restituendi, si forte ab adversario de possessione jam deiecti sint. Dubium exinde oritur, quod horum quoque potestas iisdem, quibus ceterorum commissariorum officium circumscriptum sit, & quod Innocentius IV. pontifex in *d. cap.* I. expresse illos ad alia, quæ judicialem indaginem exigunt, potestatem suam extendere vetat. Nihilominus tamen existimavimus, recte fecisse præfectum, qui a Principe possessorem agri litigiosi adversus quemlibet turbantem tueri jussus erat, quod illi opem quoque suam ad recuperandas fruges, quas adversarius absente præfecto ex agro avexerat, accommodasset. Equidem in mandato commissionis nihil de restitutione spoliati continebatur. At ex juris nostri principiis notum est, hoc etiam ad defensionem pertinere, ut spoliator in continenti iterum dejiciatur atque res ablata sine mora recuperetur L. 3. §. 9. *L.* 17. *de Vi & vi armata.*

VIII.

Commissarii ad decisionem causæ dati leuterationem vel supplicationem suscipere possunt.

Possitne leuteratio vel supplicatio apud commissarium, qui sententiam pronunciavit, interponi, quæsitum est. Negant nonnulli. At nos aientem sententiam tuebimur, his rationibus permoti, primo, quod secundum *c.* 21. §. 2. *X. de Officio & potestate judicis deleg.* explorati juris existit, ut delegatis judicibus, quibus principale committitur, & accessorium committatur, deinde, quia causa decisa dici non potest, nisi & leuteratio vel supplicatio, qua sententia commissarii a viribus rei judicatæ suspenditur, sit decisa, tan-

dem, quoniam in *c*. 9. *X. eod.* officium commissarii non statim post sententiam latam, sed post executionem demum exspirare dicitur.

COROLLARIA.

1 Commissarii ad testes examinandos dati nequeunt ocularem inspectionem adhibere, etsi per illam lis melius decidi posse videatur.
2 Locato prædio nobili, locata etiam censetur jurisdictio.
3 Nobilis, qui jurisdictionem criminalem habet & ipse juris peritus est, alteri eam committere non potest.

SPECIMEN XXIX.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. II. TIT. I.
DE
JVRISDICTIONE
PVBLICE DEFENSVM
A
JOANNE AVGVSTO RVDOLFF,
HALLENSI.
D. XXII. AVGVST. ANNI CIↃ IↃ CCXIV.

I.

Quidam actus voluntariæ jurisdictionis apud competentem judicem expediendi sunt.



otissima est inter actus voluntariæ & contentiosæ jurisdictionis distinctio, cuius sedes in L. 2. *pr. de officio Proconsulis* reperitur. Illi sunt, qui utraque parte consentiente, hi, qui altera contradicente expediuntur. Quod vero vulgo dicunt, actus voluntariæ jurisdictionis apud quemcunque judicem celebrari

brari posse, simpliciter admittendum non est. Duorum enim generum sunt actus voluntariæ jurisdictionis. Alii causæ cognitionem requirunt, alii non. Qui causæ cognitionem requirunt, necessario apud judicem competentem fieri debent. Huc pertinet decreti in alienaitone bonorum pupillarium interpositio, L. 5. §. 12. *de Rebus eorum, qui sub tutela*, confirmatio transactionis de alimentis initæ, L. 8. *pr. & §. 8. de Transact.* unio prolium, insinuatio hypothecæ in bonis immobilibus constitutæ, quæ apud Saxones aliosque ideo necessaria est, ne res una pluribus obligetur, & creditores fraudentur, *Philippi ad Decis. Elector. Saxon.* 38. *O.* 1. *n.* 8. 9. atque aliquam propterea causæ cognitionem requirit. Contra actus voluntariæ jurisdictionis, in quibus nulla causæ cognitio requiritur, ut adoptio, insinuatio testamentorum, codicillorum & donationum, apud quemcunque judicem recte expediuntur. Et quamvis Imperator in §. 6. *I. Quibus modis jus patr. pot. solv.* emancipationem apud competentes judices fieri jubeat, interpretes tamen vocem *competentes* ex *L. 5. C. de Emancipationibus* de illis magistratibus, quibus more Romano jus confirmandi emancipationes per privilegium concessum erat, explicant, non vero, ut judex in personas quoque jurisdictionem habeat, requirunt. Sed quid tutoris & curatoris constitutione dicendum est, quæ, licet aliquando coacte fiat, plerumque tamen consensu utriusque partis peragitur, adeoque voluntariæ jurisdictionis actus est. Distinguendum hic putamus, utrum tutor vel curator pupillo minorive generaliter, an vero ad certum actum, e. g. dividendam hereditatem, ineundum contractum, detur. Illo casu, quia inquisitio aliqua sive causæ cognitio requiritur, judex competens esse, seu in pupilli personam jurisdictionem habere debet L. 1. §. 2. *de Tutoribus & curatoribus datis. Ord. Polit. de A.* 1577. *tit.* 32. §. 1. At quando curator ad certum actum datur, quia tunc

exacta causæ cognitio non requiritur, nec necessarium est judicem competentem adire, sed sufficit cuiuscunque magistratus, sub quo negotium geritur, opem implorare. Quibus rationibus moti JCti Vitembergenses Senatui oppidano interrogandi, an sibi liberis ministrorum Ecclesiæ tutores curatoresque dare liceret, sic responderunt: Es seynd dieselben die confirmationes der tutorum und curatorum generalium der geistlichen Kinder, ob sie gleich Häuser und Gründe unter ihrer Jurisdiction haben, vor sich zu ziehen nicht befugt. Jedoch ist ihnen, wenn die constitutio curatoris ad actum specialem, als bey Verträgen, Schenkungen und dergleichen, von ihnen verlanget wird, solche zu verrichten, unbenommen.

II.

Judex extra territorium suum actus voluntariæ jurisdictionis exercere potest.

Cum præfectus quidam in pagum vicinum, qui tamen non ipsius, sed equitis cuiusdam jurisdictioni suberat, evocatus testamentum moribundi incolæ suscipisset & actis suis judicialibus inseruisset, maxima deinde oriebatur contentio, utrum testamentum hoc tanquam judiciale valeret? Cuius controversiæ cardo totus in hac quæstione vertebatur, an judex extra territorium suum actus voluntariæ jurisdictionis exercere queat? Non desunt, qui negantem sententiam tueantur, ex quibus *Colerum de Processibus executivis P. 2. c. 1. n. 9.* nominare sufficiat. Cum his ipsi olim sensimus, propterea maxime, quod jura nostra magistratum extra territorium suum pro privato habent. L. 20. *de Jurisd.* *L. 1. §. 4. & L. 3. de Off. præf. urb.* At deinde rem rectius considerantibus & in primis favorem testamentorum, quæ per benignam interpretationem quovis modo sustinenda sunt, respicientibus, justius longe visum est, cum *Carpzovio in Processu tit. 2. art. 1. n. 49.* & *Decisione 293. n. 11.* nec

non

non *Lynckero Responso* 13. *n.* 15. & testamentum tale & quemlibet actum voluntariæ jurisdictionis, qui causæ cognitionem non requirit, coram judice etiam extra territorium suum constituto expediri posse. Movet nos præter memoratum testamentum favor etiam *Legis* 1. & 2. *pr. de Officio proconsulis*, ubi proconsul, etsi in provinciam, quæ ei decreta est, nondum pervenerit, voluntariam tamen jurisdictionem statim, quam urbem egreditur, habere dicitur. Adde L. 36. §. 1. *de Adoptionibus* & L. 17. *pr. de Manumissis vindicta.* Quod vero ad leges, quæ a dissentientibus objiciuntur, attinet, eæ non de actibus voluntariæ, sed contentiosæ jurisdictonis loquuntur.

III.

Non potest princeps novas jurisdictiones concedere, si veteres per illas minuantur.

Equidem recordamur, nos olim in *Speciminis X. Meditatione IV. asseruisse:* principem, qui privilegium indulsit, posse alii simile privilegium concedere, licet prior privilegiatus inde aliquod sentiat detrimentum. At ex iis, quæ subjecimus, apparet, sermonem nobis fuisse de casu, quo per novum eiusmodi privilegium utilitas quædam intervertitur priori privilegiato, quam quidem is percepit ante, sic tamen, ut jus nullum in illa haberet. Aliud vero dicendum foret, si per novum privilegium quid auferatur, quod alteri ex antiquiore privilegio competit. Tunc enim locum reperiet dispositio *l.* 4. *C. de Emancipationibus liberorum* & *l.* 1. §. 10. *Ne quid in loco publico*, quod scilicet beneficia in alterius iniuriam tribui non oporteat. Fac ergo, senatui municipali jurisdictionem in civitatem & collegia opificum, quæ ibi sunt, a principe olim datam esse. Fac porro, prin-

cipem

cipem collegiis illis privilegium concedere, ut ipsa de delictis a membris suis commissis cognoscere atque poenis illa afficere queant. Non debet id tolerare senatus, cum aperte ita minuatur jurisdictio ipsi concessa; sed contradicere poterit. Atque in eam sententiam senatui cuidam responderunt JCti Vitembergenses: Giebt euer Landesherr unterschiedenen Handwerckern neue Innungen, und begnadet sie dergestalt, daß sie die Uebelthäter selbst bestrafen und die Strafe in ihre Lade nehmen mögen, welche Begnadigung aber euren habenden Erbgerichten und darinn gehörigen Bußen und Strafen nachtheilig ist; So seyd ihr hierbey zu contradiciren und dessen Abstellung zu suchen wol befugt.

IV.

Origo jurisdictionis patrimonialis recentissima est.

Quidquid aliqui dicant, illud certissimum est, & priscos Romanos, & maiores nostros antiquissimos Germanos jurisdictionem patrimonialem prorsus ignorasse. De Romanis res fere dubium non habet, cum jurisdictio apud illos nunquam ad heredes transiret, sed administrationis semper jure nomineque reipublicæ exerceretur, & plane extra commercium constituta annuo plerumque spatio finiretur. Sed nec Germanis priscis illa cognita fuit. Satis ex *Cæsare de Bello Gallico lib. 6. c. 23. &* *Tacito de Moribus Germ. c. 12.* constat, ipsos quoque principatus non patrimoniales, sed electitios fuisse. Et ab initio etiam, postquam hereditarii facti essent jurisdictio tamen illis cohærebat, quam vel principes ipsi, vel per administratores exercebant. Unde & ipsa illa potestas principum, quam hodie superioritatem territorialem appellamus, olim jurisdictio vocabatur, prout ex *Aureæ Bullæ cap.* 13. ap-

13. apparet. At successu temporis cum sæpe principes pecunia indigerent, occasio erigendis jurisdictionibus patrimonialibus data est. Nondum scilicet artes illæ, quas deinde principes Germani ab Italis acceperunt, atque hodie felicissime exercent, cognitæ erant, ut per varia tributorum genera opes civium in fiscum suum derivare scirent. Sed cum pecunia illis opus esset, mutuam ab exteris aut etiam civitatibus suis opulentioribus sumere cogebantur, quibus vel agrum quendam oppignorabant, vel etiam libertatem aut aliud jus principatui suo ante annexum vendere cogebantur. Frequentissima eius rei exempla his, qui Germanicos annales legunt, occurunt. Inter cetera itaque, quæ venire poterant, jurisdictio quoque erat. Hanc igitur, sed ab initio civilem saltem & inferiorem, successu vero temporis superiorem quoque & criminalem, episcopis, abbatibus, civitatibus, equitibus pretium offerentibus lubenter concedebant, principatusque suos præcipuo decore spoliabant & cives minores tyrannidi & iniustitiæ judicum illorum hereditariorum obiiciebant. Originem hanc jurisdictionis patrimonialis veram, non ex coniectura saltem depromtam esse, Othonis Bavariæ ducis exemplum luculenter ostendit, de quo *Adlzreiterus in Annalibus Boiicæ gentis P. 1. Lib. 25. cap. 24. Omnes*, inquit, *circumspicienti conficiendæ pecuniæ modos occurrit jurisdictio minoris imperii & jus nobiliorum oppidorum, quæ hactenus manserant penes principatum. Hæc ergo, quæ erant in facultatibus dominatus, ad conquirenda stipendia magno ære distrahit, non sine grandi fisci detrimento, permittitque opulentioribus e nobilitate: Concedit item Episcopis & Civitatibus per suos cuique fines, ea lege, ut, ubi pretium ex pacto repræsentassent, iis fas esset, dare minorum causarum judices & arbitros, æs multatitium in rem suam vertere, universas actiones, præterquam homicidii, furti, latrocinii, verbo, rerum capitalium, &*

juris, ut vocant, gladii, exercere: unde comparata jura locorum, quæ hodie hofmarchiarum nomine censentur. Acta hæc Landishutæ, mense Junio, exemplo parum utili, non illaudabili tamen documento, quo discant Principes, sumtus metiri cum censibus, ne, quæ suæ fidei habent ad sustinendum Principatum commissa, sinant abire in manus alienas cum ingente posterorum damno, qui in accisis regendi adminiculis eo subinde necessitatis adiguntur, ut vel cetera principalis patrimonii consumant, vel subiectis sint justo graviores. Illud vero in huiusmodi venditionibus omnium calamitosissimum erat, quod cives minores ipsi pretium conferre, suaque pecunia dominos sibi & tyrannos emere cogerentur. Sic enim pergit Adlzreiterus: *Totum æs, quod ex ea venditione corrasum, non provenit ex emtorum ærariis, sed ex inopum sudoribus, quibus ex ista pactione nihil accessit commodi, sed multum detrimenti, quod deinceps aliquanto avarius a tenuioribus dominis, quam olim ab opulentis Principibus, haberentur. Pauperculi ter octavas rerum omnium etiam vilis supellectilis pensitarunt dominis, ter omni armento capitatim vectigal impositum. Hæc tamen provisio Othoni usui non fuit, fortassis Deo vindice. Ungariam ingredi parantem mors oppressit.*

V.

Jurisdictionem patrimonialem habens subiectos, præter voluntatem suam alterius jurisdictionem ex conventione prorogantes, revocare nequit.

Mira est Doctorum circa decisionem huius controversiæ dissensio. Quidam magni nominis JCti negant, prorogationem jurisdictionis hodie, invito eo, cui prorogantes subiecti sunt, fieri posse. Affirmant alii, nec ipsi incelebres, quorum sententia nobis melior videtur. Qui prorogationi jurisdictionis locum denegant, illi primum disse-

differentiam, quæ inter jurisdictionem magistratuum Romanorum & patrimonialem nostram intercedat, ostendunt, neque ab illa ad hanc argumentum duci posse, putant. Deinde magnam domino jurisdictionis per huiusmodi prorogationem inferri iniuriam arbitrantur, dum illi fructus, quos ex litigiis subiectorum sperat, intervertuntur. Verum hæc argumenta tantum ponderis non habent, ut a nostra sententia nos dimoveant. Non ignoramus quidem, jurisdictionem patrimonialem nec antiquissimis Germanis, nec Romanis cognitam fuisse, sed recentioribus demum seculis originem debere. At ex eo non consequitur, jura illa omnia, quæ de jurisdictione statuta reperiuntur, ad jurisdictionem patrimonialem accommodari non posse. Gravissimus ille Doctorum nonnullorum error est, existimantium, mores Germanicos, si in quadam circumstantia a moribus Romanorum recedant, totius negotii naturam adeo mutare, ut jam nihil ex legibus Romanis applicari possit. Manet profecto jurisdictio etiam patrimonialis illa, & in eo solo a prisco jure recedit, quo hereditaria sit & nomine proprio exerceatur. In ceteris vero ex communibus jurisdictionis regulis diiudicari debet. Quidni ergo prorogatio quoque in illa locum haberet, præsertim cum ea non solum legibus Romanis introducta, sed jure quoque canonico, cuius maximus in foro usus, & quod jurisdictionem patrimonialem non prorsus ignorat, confirmata sit. Vide modo *c.* 18. *X. de Foro competent.* Neque credendum est, per jurisdictionem patrimonialem ex hominibus liberis servos effici, atque glebæ quodammodo abscribi. Manent certe liberi, atque potestatem retinent, quæ jure illis concessa est. Quod autem deinde urgetur, fructus jurisdictionis patrimonialis per huiusmodi prorogationes imminui, hoc vix salvo pudore obiici potest. Non enim, quod vulgo creditur, ideo judices constituti sunt, ut liti-

 bus

bus privatorum saginentur & ex reditibus jurisdictionis suæ ditescant, sed boni publici causa jurisdictio ipsis data est, quo lites sopiant; pro labore vero, quem in cognoscenda & diiudicanda causa impendunt, modicas sportulas accipiant. At hoc illis potestatem non tribuit, litigantes invitos ad suum tribunal trahendi. Debet illis arbitrium remanere, alium etiam judicem, si coram eo controversiam suam citius meliusque finiri posse videant, abeundi. Sic tamen patrimoniali judici jus suum, quod in litigantes illos habet, non intervertitur, sed in aliis causis salvum manet. Et cur non liceat hodie ligitantibus alterius jurisdictionem prorogare, cum illis ex consensu omnium DD. liceat, electo arbitro privato, judicem patrimonialem præterire, judex vero, cuius jurisdictio prorogatur, non longe ab arbitro recedat. Et ipsi, qui a nobis dissentiunt, non diffitentur, dari casus, quibus adhuc hodie prorogatio, invito judice patrimoniali, fieri possit, ut, si quis alio in loco, quam ubi domicilium habet, contrahat, vel solutionem promittat. Quæ omnia evincunt, prorogationem jurisdictionis, prout illa olim apud Romanos recepta fuit, adhuc hodie locum, etiamsi dominus jurisdictionis patrimonialis contradicat, reperire.

VI.

Jurisdictio patrimonialis in uxorem, matrem & liberos exerceri nequit.

Patri judici nulla in liberos, nec marito in uxorem suam jurisdictio competit. *L.* 10. *de Jurisdictione.* Idem, etsi nonnulli dissentiant, ad jurisdictionem patrimonialem quoque accommodamus. Nam cum uxor & liberi dignitatem, privilegia & forum mariti & patris consequantur, non possunt eius jurisdictioni subiecti esse. Etsi ergo ad judicium eius, volente quoque adversario, vocentur, recte tamen

tamen exceptionem incompetentis judicis opponunt. Vide *Carpzovium P.* 4. *C.* 43. *def.* 11. Quod vero in uxore, idem quoque in matre, seu vidua defuncti domini jurisdictionis obtinet, ut scilicet nec illa, etsi in prædio habitet, præsentis possessoris jurisdictioni subsit. Viduæ enim, quamdiu alteri non nubunt, defuncti mariti forum retinent, *l.* 8. *de Senatoribus L. ult. C. de Incolis.* Id quod exemplo egregio illustrat *Zieglerus de Juribus maiestatis l.* 1. *c.* 29. §. 43.

COROLLARIA.

1 Concessa a principe omnigena jurisdictione, Ecclesiastica tamen excepta videtur.

2 Is, cui venatio superior & inferior cum jurisdictione, die Ober- und Nieder-Jagden samt denen Gerichten, concessa est, inferiorem tantum jurisdictionem habet.

3 Dominus jurisdictionis sumtus, quos in caussas criminales, custodiam reorum & lites pauperum impendit, a subiectis non repetit.

SPECIMEN XXX.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. II. TIT. II.

DE

RETORSIONE JVRIVM

PUBLICE DEFENSVM

A

JOHANNE CHRISTIANO WINTERO,

RATZEBVRGO - SAXONE LEOBVRGICO.

D. XII. SEPTEMBR. ANNI CIↃ IↃ CCXIV.

I.

Usus tituli Digestorum: Quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur, ostenditur.



Conqueruntur interpretes, regulam illam, quam Celsus & Paulus *in L.* 4. 5. 6. *de Legibus* tradunt, ut scilicet leges de iis, quæ frequenter & facile eveniunt, non quæ perraro uno aliquo casu accidere possunt, constituantur, a conditoribus juris nostri non semper observatam fuisse. Nec diffiteri possumus, occurrere subinde in legibus Justinianeis jura tam singularia & tot limitibus circumscripta, ut casus, ad quem illa accommodari possint, in ipsa veterum Romanorum republica vix integro seculo existere potuerit. Exemplum præbet titulus Digestorum: *Quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur.* Coercetur in eo potissimum magistratus, iniquum quid statuens. At si ea, quæ auctores illarum legum requirunt, ad amussim observare velis, nunquam certe aut tamen rarissime pœna illa usum habebit. Non enim illa ex mente compilatorum juris aliter locum invenit, quam si (1) judex, non arbiter, aut JCtus, aut Collegium juridicum, (2) dolo malo, non ex consilo & suggestione aliorum, (3) aperte contra jus vel æquitatem quid statuerit, atque etiam (4) executus fuerit, deinde vero (5) idem ille casus iisdem plane circumstantiis iterum eveniat, atque (6) de eo controversia non inter judicem illum & tertium quendam, sed eum ipsum, qui olim per iniquam sententiam læsus fuit, oriatur. Quis vero non animadvertit, his omnibus observatis, judicem, qui iniquum jus dixit, vix unquam eius retorsione punitum iri, sed plerumque malitiam suam impune laturum, nullumque fere huius tituli usum futurum esse. At quia ratio huius tituli summa æquitate nititur, &, quemadmodum ex *L.* 1.

§. 1.

§. 1. *Quod quisque juris*, apparet hanc regulam, *ut*, *quod ipse quis in alterius persona æquum esse credidisset*, *id in ipsius quoque persona valere patiatur*; pro fundamento habet, recte faciunt JCti, quod ex hoc ipso fundamento alios quoque similes casus decidunt, atque adeo usum huius tituli latius aliquantulum ex æquitate naturali ad jura etiam per se non iniqua & privilegia extendunt. Fecerunt id jam olim JCti Romani, ut ex *L.* 44. *in f. de Pactis* & 59. *in f. de Adm.* & *peric. tut.* nec non Imperatores, ut ex *L.* 7. *C. de Rescind. vend.* & *L.* 6. *C. de Fructibus* & *lit. expensis* patet. Ferunt idem Pontifices, quemadmodum ex *c.* 6. *X. de Constitutionibus* apparet. Quos proinde recte imitantur JCti hodierni, quemadmodum exempla, quæ mox subiiciemus, ostendent. Alia autem vide apud *Struvium de Vindicta privata cap.* 11.

II.

Qui remedio aliquo juris indebite usus est, pati debet, ut adversarius eodem remedio contra se utatur.

Noti juris est, contra sententiam in judicio possessorio summariissimo nec appellationes, nec alia remedia suspensiva admitti *L. un. C. si de momentanea possessione fuerit appellatum.* Quâ in re summa æquitas est, ut alio tempore ostendemus. At interdum faciliores sunt judices & remedia huiusmodi indulgent. Fac ergo, quem in possessorio summariissimo leuterationem interposuisse, judicem quoque admisisse, & post partium disceptationes priorem sententiam immutasse. Fac porro, adversarium nunc posteriorem sententiam alia leuteratione impugnare. Rectene huic exceptio inadmissibilitatis obiicietur? non putamus. Quodsi enim iniquum est, leuterare in possessorio summariissimo, is, qui prius hoc fecit, atque, ut admitteretur a magistratu,

tu, impetravit, non poteſt jam adverſarium eodem beneficio uti volentem arcere. *Lib.* 3. *pr. Quod quisque juris.* Conſentiunt nobiſcum JCti Helmſtadienſes, qui menſe Junio anni CIↃ IↃ CCXII. nomine Potentiſſimi Pruſſiæ Regis in cauſa des Raths der Stadt Halle contra das Amt Giebichenſtein ſic pronunciarunt: Es wendet zwar Kläger exceptionem inadmiſſibilitatis wider Beklagtens Leuterung ein, und meynet, daß ſolche in gegenwärtigem proceſſu poſſeſſorio ſummariiſſimo nicht ſtatt habe. Es würde auch dieſe ſeine exception von uns ſonder Zweifel ſeyn reflectirt worden, daferne er ſich nicht in eben dieſer Sache gleichfalls des beneficii leuterationis bedienet, und alſo die Rechts-Regul: Quod quisque juris in alterum ſtatuerit, ut ipſe eodem jure utatur; wider ſich gelten laſſen müßte.

III.

Æquiſſimum eſt, ut JCtus ſententiam, quam publice tuetur, caſu ita ferente, contra ſe admittere cogatur.

Non ignoramus quidem, aſſerti huius noſtri rationem non in ipſo edicto prætoris, *Quod quisque juris in alterum ſtatuerit &c.* poſitam eſſe. Poſita tamen eſt in æquitate naturali, quæ ipſa quoque fundamentum edicti prætorii fuit, ut ex *Lib.* 1. §. 1. *Quod quisque juris* apparet. Nihil enim eſt rationi convenientius, quam, ut ei juri, quod quis æquum credidit & in alios ſtaturus erat, ipſe ſe ſubmittat. Neceſſe quippe eſt, ut ſententiam ſuæ contrariam iniuſtam eſſe exiſtimet. Igitur ſine iniuſtitia poſtulare nequit, ut ſecundum eam in ſua cauſa judicetur. Non deſunt JCti, qui ſuffragio ſuo hanc noſtram ſententiam tuentur. Sed omnium teſtimoniorum inſtar egregium Bulgari exemplum erit, de quo *Panzirolus de claris legum inter-*

interpretibus Lib. 2. Cap. 15. uxorem, inquit, *filiamfamilias, communibus liberis superstitibus, cum amisisset, dotem insigni probitatis exemplo socero restituit.* *Docuerat enim antea vir eruditissimus, defuncta in matrimonio cum liberis filia, dotem, velut peculium patris profectitium, ipsi esse reddendam. Martinus vero Gosia, aequitatis ratione subnixus, eam, velut matris patrimonium, posteritati acquiri, tenebat, qui ex hoc facto a Bulgari socero consultus: Si mihi, respondit, qui contra te sentio, hic casus contigisset, jure fuissem absolvendus. Sed gener tuus, qui diversum docuit, sua se jam sententia condemnavit, &, nisi ut falsus interpres a me turpiter reprehendi maluerit, petitam dotem reddere cogetur. Ita dimissus, cum generum interpellasset, Bulgarus, ne vel sordidae avaritiae aut falsae doctrinae notari posset, ad confirmandam, quam tenuerat, opinionem, restituta pecunia Martinum Antisophistam prudenter elusit, magnaque cum laude conservata existimatione, patrimonii quam famae dispendium pati maluit.* Quodsi tamen quis decori leges transgredi atque aliquam existimationis suae jacturam facere non erubescat, huic effugium dabimus, ut scilicet, mutasse se mentem, atque sententiam, quam olim defenderit, nunc damnare, dicat. Sic enim necessitati, ut priorem opinionem adversus se admittat, non subiacebit. Usus est hac cautione Albericus, de quo idem *Panzirolus L. 2. c. 22. Albericus*, ait, *praeceptorem Bulgarum habuit, quem tamen moribus corruptus vitae integritate imitatus non est, siquidem & sordibus & gulae praeter dignitatem deditus fuisse dicitur. Cum enim, defuncta in matrimonio filiafamilias, relictis liberis, dotem patri restituendam esse, secundum Bulgari sententiam docuisset, ipse, amissa superstitibus liberis uxore, praeceptoris, qui dotem reddiderat, exemplum sequi noluit, ac socerum datam pecuniam repetentem elusit, &, cum eo, quod alios docuerat, argueretur, se, errore tandem agnito, sententiam mutasse, facere*

respondit, in quo Dionysium Heracleotem philosophum, Zenonis Stoici auditorem, imitatus esse videtur, qui cum Praeceptore, dolorem malum non esse, asserebat, sed indifferentem, cum vero postea renum morbo laboraret, & impatibili dolore cruciaretur, sententiam mutavit, clamans, falsa esse, quae a Zenone docerentur.

IV.

Represaliae aliquando iustae sunt.

Occasione huius tituli de represaliis agi solet, quae vox ab Italico *ripresa* derivatur, atque adeo male per duplex s a quibusdam scribitur. Sunt vero represaliae, cum unius reipublicae cives vel eorum bona ab altera republica ob denegatam iustitiam tamdiu detinentur, donec sibi satisfiat. Non desunt inter JCtos, qui eas prorsus damnant, quorum nomina & argumenta longa serie recenset *Koppen Decis.* 41. *n.* 1. *&* 2. *& Peschwitz de Represaliis c.* 2. *n.* 22 *sqq.* Cum quibus iurium quoque nostrorum conditores sensisse videntur, quemadmodum ex *L. un. C. Ut nullus ex vicaneis, c. un. de iniuriis & damno dato in sexto & Rec. Imperii de anno* 1570 §. 84. apparet. Atque ex hoc fundamento sine dubio Camera Imperii apud *Lauterb. de iure in cur. mercat. usit.* §. 67. represalias ex iure albinagii, quo bona Germanorum aliorumque in peregrinationibus in Gallia morientium fisco regis vindicantur, civibus Vormatiensibus contra Gallos denegavit. Quin nos ipsi olim, represalias iuri & aequitati naturali repugnare, existimavimus, ideo maxime, quod nemo pro alterius facto vel delicto poenam sustinere vel damnum pati debeat. At deinde, re rectius cogitata, in contrariam sententiam concessimus. Fortissimum scilicet argumentum, quo iustitia represaliarum ostenditur, a maiore ad minus desumendum est. Quodsi

Quodsi enim principi licet, iniurias sibi civibusque suis illatas bello vindicare & adversae reipublicae cives non bonis solum, sed vita quoque spoliare, multo magis ei licebit, mitiore longe represaliarum remedio uti, atque detentis privatorum bonis vel personis alium principem compellere, ut sibi suisque civibus jus reddat. Et quamvis paulo durius videatur, alium innocentem pro alterius facto damnum & incommodum sentire, hoc tamen in caussis, quae ad utilitatem & securitatem publicam pertinent, infrequens non est. Accedit, quod, salvis justitiae regulis, propter iniuriam a republica aut rectore eius illatam, ultio de civibus sumatur, seu, ut cum *Horatio* loquar,

Quidquid delirant reges, plectantur Achivi.

Nec sententiae nostrae officiunt leges ab initio allatae. Hae quippe de illis, qui legem civilem & superiorem agnoscunt, agunt. Inter hos utique represaliae permissae non sunt, cum non propria auctoritate, sed via juris & ope eius, cui subiecti sunt, damnum sibi illatum vindicare debeant. Vide elegans Friderici II. Imperatoris rescriptum, *de non faciendis represaliis, sed allegando jure suo imperiali curia, si quod habetur*, quod *Goldastus Constitutionum Imperialium tomo II.* inter Rescripta Friderici *n.* 20. exhibet. Represaliis enim hi tantum utuntur, qui jus belli gerendi habent. Itaque nec cives unius Principis ab extraneo laesi represalias exercent, nisi facultatem hanc prius a suo Principe impetrarint, cuius rei elegans exemplum iterum apud *Goldastum d. l. n.* 33 extat in Rescripto Friderici II. quod inscribitur *de concedenda licentia mercatoribus, faciendi represalias contra rebelles, qui eos disrobaverunt.* Vt autem in exercitio represaliarum non peccetur, id in primis curare debet princeps, ut ante omnia rempublicam, a qua laesus est, interpellet atque satisfieri sibi amice petat, exemplo Friderici I. Imperatoris,

qui apud *Goldastum Constitutionum tomo I. p.* 282. Ludovicum, Francorum regem, commonet, ut vel hominem & res detentas sibi restituat, vel non gravetur, si damna per negotiatores Gallicos resarciri curet, vel novum vectigal in mercatores illos ad reparationem damni sui constituat Imperator. Deinde modus etiam in ipsis represaliis servandus est, ne læsus ultra æstimationem damnorum sibi illatorum progrediatur. Laudat eapropter *Nicephorus Gregoras Historiæ Rom. Lib.* 9. æquitatem Venetorum, quod raptas represaliarum jure Genuensium naves mercesque in illis prorsus illæsas conservarunt, atque, reparato damno suo, restituerunt. Pari humanitate Daniæ rex apud *Wicquefort de l'Ambassadeur L.* 1. *Sect.* 17. naves Batavorum ob iniuriam legato suo factam detentas, exsolutis XXX. millibus, quibus iniuriam æstimaverat, dimisit. Et Fridericus II. in rescripto mercatoribus dato, quod supra memoravimus, represalias eo usque permittit, *quousque eis in valore unciarum aurei centum & illatorum damnorum plenius satisfiat.* Denique in exercitio represaliarum a quibusdam personis earumque rebus abstinendum est. Clericos huc referunt, nec non legatos, imprimis vero studiosos. Hos Galli ipsi, qui tamen in represaliis exercendis rigorosissimi sunt, eximunt, uti legibus & exemplis ostendit *Peschwitz*, qui de hoc argumento non impolite scripsit, *c.* 8. *n.* 55 *sqq.*

V.

Status Imperii represaliis inter se nonnunquam recte utuntur.

Communis doctrina est, represalias inter Principes Imperii illicitas esse, quod hi judicia habeant, in quibus controversiæ eorum decidi possint. Sed ista regula exceptionem patitur, quemadmodum ex responso, quod JCti Helmstadienses mense Septembri anni CIϽ IϽ CCXV. dede-

dederunt, apparebit: Nequit Princeps Auguſtanæ confeſſioni addictus in templa, quæ Catholici in ditione eius anno 1624 ſoli poſſederunt & adhuc poſſident, exercitium ſuæ religionis ſimultaneum introducere, & quietam ac ſolitariam Catholicorum poſſeſſionem turbare; niſi forſan jure repreſaliarum facti ſui juſtitiam tueri velit. Aſſeritur nempe in ſcheda ad nos miſſa & reſponſo noſtro præfixa, eſſe inter Principes Catholicos, qui jus iſtud introducendi ſimultanei exercitii in templa Evangelicorum ſibi arrogent & adhuc re ipſa exerceant. Tametſi autem leges publicæ repreſalias inter ordines Imperii ſevere prohibeant, attamen iis caſibus, quibus arma bellumque permittuntur, repreſaliæ non poſſunt non licere, quemadmodum pluribus docet *Peſchwitz de Repreſaliis c. 2.* Jam vero *Pax Weſtphalica Art.* 17. §. 5. *&* 6. in caſu, quo pacis eius leges a quocunque violari contingat, præcipit, ut læſus lædentem imprimis quidem a via facti dehortetur, cauſa ipſa vel amicabili compoſitioni vel juris diſceptationi ſubmiſſa; verum tamen ſi neutro horum modorum intra ſpatium trium annorum terminetur controverſias, non ſolum eum, qui laceſſitus fuit, ſed omnes & ſingulos transactionis Osnabrugenſis conſortes, junctis cum parte læſa conſiliis viribusque, arma ſumere & iniuriam repellere jubet. Ex hac ſola itaque ratione, quod in caſu liciti belli repreſaliæ tanquam minus malum facilius concedantur, Princeps Auguſtanæ confeſſioni addictus introductionem coexercitii religionis ſuæ in templa catholica forſan, ſi cetera paria ſint, poteſt tueri.

VI.

Probibitio repreſaliarum ad retorſiones non eſt extendenda.

VII.

Ii, in quorum patria feuda sublata sunt, a successione feudali alibi etiam per retorsionem recte excluduntur.

Magnum est inter represalias & retorsiones discrimen. Illæ sunt, cum homines innocentes eorumque bona ob delictum ab altero commissum occupantur & detinentur; hæ, quando jus, quo quis apud se erga extraneos utitur, erga ipsum in aliis terris exercetur. Illæ aliquid iniqui in se habent, atque adeo in legibus publicis *c. un. de Iniuriis & damno dato in sexto, & Recessu Imperii de anno* 1570 §. 84. damnantur, nec, nisi in casu, quo bellum etiam juste suscipi posset, permittuntur. At retorsiones in æquitate naturali, legibus civilibus *L.* 1. §. 1. *Quod quisque juris*, jure canonico *c.* 6. *X. de constitutionibus* & consuetudine totius Germaniæ, teste *Struvio de Vindicta privata c.* 11. fundatæ sunt. Quamobrem prohibitiones represaliarum ad retorsiones extendi non debent. Sic responderunt JCti Helmstadienses mense Februario anni CIↃ IↃ CCXVII. Ist der regierende Landesherr eines gewissen Fürstenthums auf den Entschluß gerathen, sich des ihm an allen in solchem Fürstenthum liegenden Lehen-Güthern zustehenden Dominii directi zu begeben, und denselben die Erblichkeit angedeyen zu lassen; Wannenhero zu wissen verlanget wird, ob die Fürstlichen Lehn-Leute, welche die angebotene Verwandelung des Lehns in Erbe annehmen, der Anwartungen und gesamten Hand, die sie an denen in benachbarten Landen gelegenen Lehen-Güthern haben, jure retorsionis privirt werden können. Nun scheinen zwar die Retorsionen eine Species der im Römischen Reich verbotenen Represalien zu seyn, demnach allhier keine statt zu finden. Dieweil aber doch das Verbot der Represalien nur von dem Fall, da unschuldige Leute oder deren Güther wegen des von einem andern begangenen Verbrechens arrestiret werden, zu verstehen ist, hinge-

hingegen das jus retorsionis, wodurch jemand das Recht, dessen er sich in seinen Landen gegen Auswärtige bedienet, wiederum an andern Orten wider sich gelten zu lassen gezwungen wird, der natürlichen Billigkeit, den civil- und canonischen Rechten, und den in gantz Teutschland eingeführten Gewohnheiten gemäß ist, und in gegenwärtigem Fall die Requisita, welche man zu Ausübung des Retorsions-Rechts erfodert, zusammen kommen; So haben die Fürstlichen Lehn-Leute, welche die angebotene Verwandelung des Lehns in Erbe annehmen, allerdings zu befürchten, daß sie der Anwartung und gesammten Hand, die sie an denen in benachbarten Landen gelegenen Lehn-Güthern haben, ex jure retorsionis entsetzet werden.

VIII.

Magistratus jus iniquum etiam contra cives proprios, quibus extranei jus suum cesserunt, retorquere potest.

In oppido quodam Frisiæ occidentalis statutum erat, ne quis extraneus ad hereditatem civis admitteretur. Eius oppidi incolæ hereditas in Saxonia obtigerat. Sed is metuens, ne ea sibi per jus retorsionis auferretur, cesserat illam civi Saxonico, cui, dum adire cessam hereditatem parabat, fiscus controversiam movebat bonaque omnia jure retorsionis vindicabat. Nitebatur contra cessionarius, negabatque, Frisicum illud jus adversus se retorqueri posse. Præterquam enim, quod jus retorsionis ex confessione Doctorum omnium odiosissimum, &, quantum fieri potest, restringendum sit, inauditum & indignum videbatur, magistratum illud adversus proprios cives exercere. At nihilominus JCti Vitembergenses, habere hoc casu jus retorsionis locum, responderunt. Quorum sententiam & nos amplectimur. Fatemur equidem, jus retorsionis parum favoris, nec contra proprios cives locum habere. At hic in

in re manifesta interpretatio restrictiva non poterat adhiberi, & sub persona atque nomine civis latebat peregrinus. Indubium scilicet erat, incolam illum Frisicum retorsionis jure hæreditatem perdidisse, hancque ad magistratum devolutam fuisse. Igitur, quam ipse amplius non habebat, alteri cedere non poterat. *Lib.* 54. *de Reg. juris.* Deinde emtor hereditatis eo jure uti debet, quo venditor, cuius persona fungitur *Lib.* 5. *C. de Hereditate vel Act. vendita.* Denique hæc cessio evidenter in fraudem fisci facta nullo modo subsistere poterat. Afferemus verba responsi mense Januario anni cIↃ IↃ ccx. ad civem Leisnicensem exarati: Habt ihr V. H. einem Fleischhauer zu E. in West-Frießland sein unter dem Amte Leisonig stehendes Erbtheil abgekaufet, und verlanget nunmehro zu wissen, ob der Fiscus euch ex jure retorsionis bey dieser erhandelten Erbschaft Eintrag thun könne 2c. Daß der Fiscus alsdenn, wenn der Erbe an solchen Orten seßhaft, von welchem vermöge eines Statuti keine Erbschaft an andere Orte gefolget wird, sich kraft des juris retorsionis der jenem zugefallenen Erbschaft, in Ermangelung anderer Erben, wol anmassen kan, auch in diesem Fall derjenige, so per jus retorsionis ausgeschlossen wird, nicht allein für sich nichts prätendiren, sondern auch keinem andern etwas cediren mag.

COROLLARIA.

1 Sententia *Carpzovii P. 3. C. 38. def. 1. n. 17.* quod rescriptum moratorium contra impetrantem a debitoribus eius retorqueri possit, vera non est, si quis illud juste obtinuerit.

2 Delinquens a judice, licet is simili delicto obnoxius sit, puniri potest, secus ac *Grotius de jure belli & pacis lib. 2. cap. 20. n. 3.* putat.

3 Quarum civitatum cives in concursu creditorum extraneis præferuntur, illi, concursu aliis in locis moto, eorum locorum civibus postponuntur.

SPECI-

SPECIMEN XXXI. MEDITATIONVM AD PANDECTAS AD LIB. II. TIT. IV.

DE IN JVS VOCANDO

PVBLICE DEFENSVM

A

FRIDERICO ERNESTO WERNER.

D. XVII. NOVEMBR. ANNI CIↃ IↃ CCXIV.

I.

Verba citationibus inseri solita, zu rechter früher Tages-Zeit, *non mane*, *sed tempestive significant*.

Pleræque citationes sic concipiuntur, ut citatus zu rechter früher Tages-Zeit in judicio adesse jubeatur. Quæ verba quid significent, non una vice quæsitum fuisse, recordamur. Aliqui ea de matutino tempore interpretantur. Quam interpretationem procul dubio secutus est is, quem *Hornius de contumace non appellante* §. 21. memorat eo modo citatum hora quinta matutina, qua consessus nondum habetur, ad fores judicii venisse, &, cum eas clausas reperiret, statim recessisse, nec deinde copiam sui fecisse, ratum, officio suo satisfactum esse. Sed benignior longe & melior sententia est, verba illa non matutinum sed justum tempus indicare, idemque, quod tempestive, significare, arg. *Novellæ* 82. *c.* 3. & *L.* 8. *si quis cautionibus*. Quam interpretationem judiciorum usu receptam esse, *Carpzovius Decisione* 43. & *Bergerus in Electis Disceptationum Forensium tit.* 4. *Obs.* 6. *n.* 2. testan-

testantur. Quapropter, etsi is, qui eo modo vocatus est, post meridiem aut sub vesperam etiam veniat, contumax dici nequit. At excipiendi tamen sunt tres casus. Primus est, cum negotium tale expediri debet, quod matutino tempore gerendum est, & ad quod quis post meridiem admitti non solet, ut si quis ad jusjurandum præstandum vocetur. Deinde, quando hora ipsa in citatione expressa est, ea sine contumacia negligi nequit. Tandem cum de more in judicio isto recepto consensus mane tantum habetur, si quis post meridiem compareat, nihil agit.

II.

Magistratus secularis clericos, etsi infimi ordinis sint, & sub jurisdictione ejus habitent, tamen nec immediate nec per Superintendentem citare potest.

Ut judex quem citare possit, necesse est, ut is jurisdictioni eius subsit. Alias enim citatio a citato impune contemnitur. Quærebatur aliquando, utrum senatus municipii custodem templi ex sua auctoritate in judicium vocare posset, aut qua alia ratione illum citari oporteret. Negarunt JCti Vitembergenses in responso Senatui Jutrebocensi dato, senatui hoc licere. Etsi enim custos templi seu ostiarius infimi ordinis sit, clericus tamen est, omnibusque privilegiis clero tributis fruitur. Ita Isidorus in *can. 1. pr. dist.* 21. *Generaliter*, ait, *clerici nuncupantur omnes, qui in ecclesia Christi deserviunt, quorum gradus & nomina sunt hæc: Ostiarius, Psalmista,* quem nos Cantorem vocamus, &c. Idem Isidorus in sequenti §. 19. ostiariorum munus describit: *Ostiarii*, inquiens, *& janitores in veteri testamento electi sunt ad custodiam templi, ut non ingrederetur in illud immundus in omni re. Dicti autem ostiarii, quod præsint ostiis templi. Ipsi enim tenentes clavem omnia intus extraque custo-*

custodiunt, atque inter bonos & malos habentes judicium fideles recipiunt & respuunt infideles. Ex quibus verbis apparet quidem, potestatem ostiariorum veterum ampliorem aliquantulum fuisse. Sed etsi nostris judicium illud inter bonos & malos ademtum sit, manent tamen clerici, quia ecclesiæ deserviunt. At nullum clericum jurisdictioni seculari subesse, indubitati juris est. Nec conditio clerici propterea mutatur, quod domicilium eius sub jurisdictione seculari constitutum est. Nihilominus enim persona ipsius exemta est potestati magistratus eius. Quamobrem citatio illi per judicem hunc insinuata nulla erit. Sed porro investigandum est, quomodo citatio ei debeat insinuari. Per Pastorem certe eiusdem templi hoc fieri nequit, quia is, etsi in superiore gradu constitutus sit, potestatem tamen nullam in inferiorem habet, adeoque par quodammodo habetur. Sed an per Superintendentem? Fatemur equidem, lege vel consuetudine introduci posse, ut citatio clericis inferioribus per Superintendentem insinuari queat. At ubi id constitutum non est, nec citatio mediata per Superintendentem recte fit. Mediata enim citatio per eum, qui magistratus seu judex est, insinuari debet L. 1. §. 2. *de Requirendis vel absentibus*, *Novella* 134. *c.* 5. At Superintendenti, etsi inspectio quædam in ea, quæ ad disciplinam & ordinem ecclesiasticum pertinent, data sit, jurisdictio tamen nulla competit, quemadmodum *Carpzovius in Jurisprud. Eccles. lib.* 3. *def.* 4. *n.* 12. *seqq.* & *Zieglerus in Superintendente c.* 16. *n.* 8. ostendunt. Itaque Superintendentes nec magistratus se ratione inferiorum clericorum appellare, nec ea, quæ ad magistratus officium pertinet, inter quæ etiam citationis insinuatio est exercere queunt. Restat ergo, ut citationes clericis inferioribus non aliter, quam implorato Consistorii auxilio, insinuari posse dicamus. Quem in modum JCti Vitembergenses dicto Senatui responderunt: Es seynd

dieselbe den Küster unmittelbar zu citiren nicht befugt, sondern es muß solches zwar nicht vermittelst des Superindenten, jedennoch aber des geistlichen Consistorii geschehen. Iterum tamen testamur, nolle nos Superintendentium potestati, si quo in loco ampliorem acceperunt, quidquam derogatum. Ipsa etiam Consistoria citationes per Superintendentes seu commissarios clericis inferioribus insinuare possunt uti fatetur *Carpzovius in Jurisprud. Eccl. l.* 3. *def.* 20. *n.* 2. 3. 4.

III.

Judex secularis clericum actione reali conventum immediate ad judicium rei sitæ citare potest.

Clerici, quatenus bona immobilia sub judice seculari sita possident, pro clericis non habentur, sed jurisdictioni eius magistratus subsunt, *c.* 7. *X. de Foro competente.* Dubitant tamen nonnulli, an judex secularis hoc casu citationem clerico in prædio jurisdictioni suæ subiecto habitanti sine consistorii vel episcopi ope insinuare possit. Nos aientem sententiam tuebimur, quia, ut diximus, clericus ratione possessionum & prædiorum suorum dignitatem & privilegia clerici quasi exuit, & tanquam laicus consideratur. Accidit, quod secundum veriorem sententiam, quam *Ummius Disp. ad Proc.* 5. *n.* 62. & *Bergerus Electis Discept. Forens. p.* 69. defendunt, citatio in actionibus realibus a judice rei sitæ ad domum citandi, etsi is, quod ad personam suam, huic judici non subsit, sine ope magistratus ordinarii insinuari possit. Quapropter JCti Vitembergenses mense Decembri anni cIↃ IↃ CCIX. clericum, rei immobilis possessorem, ad forum rei sitæ sub pœna confessi & convicti citatum nec comparentem damnare non dubitarunt. Cavere tamen debet judex, ne clerico in loco suæ jurisdictioni non subiecto

ſubiecto exiſtenti citationem inſinuet. Nam ſi id fecerit, citatus impune non parebit. *L.* 20. *de Juriſd.*

IV.

Citatio, etiamſi per nuncium ordinarium & juratum non inſinuetur, tamen citatum obligat, dummodo ad notitiam ejus pervenerit.

In bene conſtitutis judiciis non receptum ſaltem, ſed lege etiam præceptum eſſe ſolet, ut citationes per nuncios juratos inſinuentur. Cuiusmodi leges, quæ in Camera Imperii, Judicio aulico, Saxonia utraque, Ducatibus Brunſvicenſibus & Luneburgenſibus, tribunali Viſmarienſi alibique extant, longa ſerie recenſet *Martini in Proceſſu tit.* 4. §. 1. *n.* 291. & *in Analectis ad h.* §. *n.* 223. Quæritur ergo, an is, qui, lege hac neglecta, alio modo a judice citatur, ad comparendum obligatus ſit, an vero impune obſequium detrectare poſſit. Et exiſtimamus, eum nihilominus obligatum eſſe. Leges enim illæ ideo nuncium juratum deſiderant, ut per eius relationem, ſi forte dubium de facta inſinuatione oriatur, fides fieri poſſit. Male ergo facit judex, qui nuncium juratum non abhibet, ſed non ſtatim nulliter agit. Sufficit enim, ut citato certo innoteſcat, ipſum ad judicem, qui jus vocandi habet, vocatum eſſe. Vide *Clem.* 3. *in fine de Electione.* Conſentiunt nobiſcum *Græven. P.* 1. *Concl.* 55. & *Ziegler in Proceſſu tit.* 4. *verbis:* Den Gerichten verpflichtete Bothen. *Et Bartolus in L.* 9. *de in int. reſtit. n.* 11. *lit. o*, eum quoque contumacem appellat, qui a nuncio inventus non fuit, aliunde tamen notitiam citationis accepit, atque nihilominus eam neglexit. In quam ſententiam JCti Vitembergenſes menſe Auguſto anni CIↃ IↃ CCX. equitibus quibusdam interrogantibus reſponderunt: Begehren die Herren Unterricht, ob die an ſie ergangene Citation,

tion, in Ermangelung richtiger Insinuation, für unkräftig zu achten, auch dieselbe, ohne die Strafe Ungehorsams zu befürchten, auf den angesetzen Termin aussen zu bleiben befugt seyn; Ob nun wol in denen Rechten, daß die Ladungs-Briefe durch geschworne Bothen insinuirt werden sollen, geordnet; Dieweil aber dennoch die geschwornen Bothen deshalben zu denen Insinuationem erfordert werden, damit, wenn nachgehends dieserhalben Streit oder Zweifel erwächset, solcher desto leichter durch dergleichen verpflichteter Leute Aussage gehoben werden könne, dahingegen die Insinuation selbst, wenn selbige auch durch andere Leute richtig geschiehet, nicht unkräftig ist, sondern den Vorgeladenen auf den gesetzten Termin zu erscheinen verbindet, dieser auch, wenn er anders, daß ihm die Citation zu Handen kommen, überführet werden kan, durch sein Aussenbleiben in die Strafe Ungehorsams verfället; So ist die Citation zu Recht beständig und mögen die Herren, im Fall sie, daß ihnen die Insinuation richtig geschehen, überführet würden, ohne in die Strafe Ungehorsams zu verfallen, auf den angesetzten Termin nicht aussen bleiben.

V.

Citatio propterea vitiosa non est, quod relatio nuncii de ejus insinuatione actis legitime inscripta non reperitur.

Eædem leges, quæ citationes per tabellarios juratos insinuari jubent, præcipiunt etiam, ut horum tabellariorum de facta insinuatione relationes in actis legitime consignentur, id quod vulgo registraturam appellant. Hoc nunnulli adeo necessarium dicunt, ut, nisi factum sit legitime, citationem nullam & irritam reputent. Ita certe *Carpzovius* sentit, qui *in Processu tit. 7. art. 1. n. 69. Nisi*, inquit, *relatio scripta est in actis*, *citatio habetur pro nulla*, *nec*,

nec, qui dicitur citatus, contumax reputabitur. Eundem in modum *Hiltropius in processu P. 2. tit. 1. §. de Relatione nuncii* loquitur, atque hanc relationem eiusque in actis consignationem actum substantialem citationis & de judicii processu appellat. Sed hæc, si ita simpliciter accipiantur, consistere non possunt. Registratura illa & consignatio ad acta alium in finem non fit, quam ut de insinuatione citationis constet. Quodsi ergo illa alio modo satis probari possit, defectus registraturæ eiusmodi processum nullum reddere non potest. Neque obstat nobis, quod tamen leges plerorumque judiciorum istiusmodi consignationem pro forma requirere videntur. Non enim pro forma & solemnitate illam desiderant, sed, ut de veritate certius constet. At quæ veritatis causa adhibenda sunt, recte omittuntur, si ea alio modo haberi possit. Responderunt secundum hanc sententiam JCti Vitembergenses mense Martio anni CIƆ IƆ CCX. advocato cuidam, cuius cliens legitime citatus ab initio se sistere voluerat, sed deinde, cum in perlustratione actorum animadverteret, relationem nuncii illis inscriptam non esse, impune se non parere, existimarat. Emanet itaque. At interim actuarius, lapsis jam post insinuationem sex mensibus, relationem nuncii in actis consignat, & adversarius contumaciam non comparentis accusat. Ille vero contumacem se esse negat, propterea, quod de insinuata sibi citatione ex actis non constaret. Registraturam enim illam, quia in continenti facta non erat, vitiosam nullamque esse putabat, atque pro se & *Ordinat. Cam. C. 1. tit. 28. §. 2. 5.* ubi registraturæ statim confici ab actuariis jubentur, & *Bergeri* auctoritatem afferebat, qui in *Supplementorum ad Electa Discept. For. P. 2. p. 1705.* registraturæ in continenti minus confectæ nullam haberi rationem asserit. Istæ tamen rationes, ut secundum illum pronunciaretur, efficere non potuerunt. Cum enim de insinuatione aliunde

cx

ex ipsius citati confessione satis constaret, relatio nuncii ut actis inscriberetur, plane opus non erat, per ea, quæ supra attulimus. Deinde registratura, etsi post sex menses confecta, nulla tamen non erat. Jura enim & Doctores ea saltem, quæ in judicio geruntur, Gerichtliche Handlungen, in continenti registrari jubent. At testimonium de his, quæ extra judicium facta sunt, quandocunque ferri & actis inscribi potest. Sic ergo responsum fuit: Hat dessen Client, als er auf des Klägers geführten Beweiß ad publicationem attestatorum gebührend vorgeladen worden, hierwider protestirt und sich zum Gegen-Beweise erboten, auch nach Ablauf der gesetzten Frist zweymal um Dilation angehalten, und solche erlanget, nachgehends aber um die dritte zu bitten deshalben angestanden, weil er ex actis, daß keine relatio nuncii bey der Citation ad publicanda attestata zu befinden, ersehen. Worauf Kläger mit seiner Ungehorsams-Beschuldigung eingekommen, auch die über ein halbes Jahr ermangelnde relatio nuncii vom Actuario ad acta gebracht worden. Wannenhero derselbe zu wissen verlanget, ob Beklagter sich an dem Gegen-Beweiß versäumet, auch in solchem Fall dem Actuario darüber, daß er die Registratur ein halb Jahr zu langsam verfertiget, den Eyd deferiren könne, Ob nun wol dem Actuario, die von denen geschwornen Boten wegen richtig insinuirter Citationen gethanen Relation mit allem Fleiß ad acta zu registriren, oblieget, auch in Ermangelung solcher Registratur des außenbleibenden Ungehorsams nicht füglich beschuldiget werden mag; hiernächst die Registraturen, wenn solche nicht in continenti geschehen, für ungültig zu achten, endlich einer Gerichts-Person, also vielmehr dem Actuario über eine falsche gemachte Registratur den Eyd zu deferiren, verstattet wird; Dieweil aber dennoch die Registratur wegen geschehener Insinuation nur alsdenn, wenn sonst keine andre Nachricht und Gewißheit hiervon vorhanden, vonnöthen ist, in gegenwärtigem Fall aber dessen Client nicht in Abrede seyn kan, daß ihm die Citation

Citation gebührend zugebracht worden, welches er auch durch die geschehene Protestation wider Eröfnung des Zeugnis-Rotuli und Oblation zum Gegen-Beweis, ingleichen zweymaliger Frist-Bitte, deutlich zugestanden, bey welcher Bewandniß der Actuarius keinesweges eines falsi, sondern nur höchstens einer Langsamkeit zu beschuldigen ist, welche letztere aber bey Relation des Botens, so allezeit geschehen kan, nicht attendiret wird; So erscheinet dannenhero so viel, daß Beklagter sich allerdings an dem Gegen-Beweis versäumet, auch den Actuarium, welcher nichts strafwürdiges begangen, weder belangen, noch ihm, da die allzuspät geschehene Registratur Beklagten nicht entschuldigen mag, den Eyd hierüber deferiren könne.

VI.

De citatione ad domum recte facienda.

Duplicem faciunt DD. citationem privatam, in faciem & ad domum. Hanc dicunt, cum citatio non ipsi citato sed uni ex domesticis eius insinuatur. Sed quinam hic pro domesticis habendi sint, ex *Ordinatione Cam. P.* 1. *tit.* 38. *n.* 16. verbisque illis, seiner Haus-Frauen oder einem andern seiner Ehehalten, apparet. Scilicet domestici hic dicuntur ii, qui in convictu citati sunt & sub eo tanquam familiae capite vivunt. Hos enim proprie Ehehalten vocamus. Itaque citatio recte insinuatur uxori, liberis, ministris, atque etiam, quod aliquando disputatum fuisse recordamur, studioso, cuius opera paterfamilias ad institutionem liberorum suorum utitur. At, qui in convictu citati non sunt, domesticorum nomine hic non veniunt. Igitur insinuatio fratri vel alii proximo consanguineo aut affini fieri non debet. Nec inquilino vel colono facta valet, prout aliquando JCti Vitembergenses responderunt.

VII.

Illi, qui superioritatem territorialem habet, & supremis ejus collegiis facultas immediate citandi per integrum territorium etiam in apanagiis & paragiis fratrum secundogenitorum competit.

IIX.

Camera Imperii in Principum territoriis immediate citat.

IX.

Jus Saxonicum, quo Consistoria mediate citare jubentur, exorbitans est adeoque stricte interpretandum, nec ad alia collegia extendendum.

Sufficit nobis pro stabiliendis his conclusionibus responsum JCtorum Helmstadiensium mense Septembri anni CIↃ IↃ CCXVI. datum hic adjicere: Entstehet anfänglich die Frage: Ob der Herr Primogenitus befugt, in dem Apanagio des Herrn Secundogeniti Pastores und Unterthanen, sowol in geistlichen als weltlichen Sachen unmittelbar citiren und ihnen die Citationes unmittelbar insinuiren zu lassen, auch denen Beamten immediate zu befehlen. Nun seyn zwar auf Seiten des Herrn Secundogeniti unterschiedene ziemlich starcke Rationes vorhanden, daß nehmlich (1) die Pastores zu Bezeugung ihrer unterthänigsten Treue und Gehorsams hochbemeldetem Herrn Secundogenito den Handschlag abgestattet, und ihm dadurch zugleich mit unterworfen worden; (2) vermöge der Chur Sächsischen Rechte, welche bey dem Fürstl. Hause in Fällen, davon die dasigen Rechte nichts in specie verordnen, eingeführet seynd, die Consistoria den Adel und Städte um Insinuation der an die unter sie gesessene gerichteten Citationen begrüßen

grüssen müssen, Erörterung der Landes-Gebrechen *de anno* 1612. *tit. Consistorial*-Sachen §. 6. *&* *de anno* 1661. *eod. tit.* §. 11. (3) der Herr Secundogenitus in der ihm zugetheilten Grafschaft kein bloser Gerichts-Herr, auch (4) wegen der ihm in dem Vergleich zugestandenen Prärogativen etwas höher, als ein Apanagiatus, zu betrachten und einiger Massen von dem jure territoriali participire, per ea, quæ habet *Schilter de Paragio & apanagio* §. 28. (5) die Jurisdiction über die Beamten dem Herrn Secundogenito lediglich zustehe, aus welchen und anderen Gründen es das Ansehen gewinnet, ob müsse der Herr Primogenitus so wol in geistlichen als weltlichen Sachen die Pastores und Unterthanen mit Requisition des Herrn Secundogeniti citiren lassen, auch auf eben diese Art den Beamten befehlen. Alldieweil aber (1) die Geistlichen keine andere Gerichtsbarkeit erkennen, als desjenigen, dem die Jura episcopalia zustehen, folglich von selbigem ganz allein ohne Requisition des Patroni an allen Orten Teutschlandes vorgeladen werden, wowider denn der an den Herrn Secundogenitum abgestattete Handschlag und Versicherung aller unterthänigsten Treue und Gehorsams nichts thut, indem selbigem dadurch keine Jurisdiction, deren er sich vermöge des Vergleichs nebst dem Jure episcopali gäntzlich begeben, zugewachsen, sondern lediglich der ihm von der Geistlichkeit schuldige, und theils wegen seiner Reichs-Fürstlichen Dignität, theils wegen der ihm in dem Vergleich zugestandenen Prärogativen, theils wegen der nächsten Anwartschaft und Hofnung zur Succession in der Landes-Regierung weit vollkommener, als andern schlechten Patronis gebührende Respect bezeiget worden, bey welcher Bewandniß und in Ermangelung einer über die Pastores habenden Jurisdiction man nicht siehet, unter was Vorwand der Herr Secundogenitus ihm das Recht, selbigen die Citationen insinuiren zu lassen, welches bekannter Maassen ein Stück der Gerichtsbarkeit ist *arg. L.* 20. *de Jurisdictione*, zuschreiben könne; ferner (2) die Chur-Säch-

sischen Rechte, Kraft deren die Consistoria die übrigen Unterthanen mediate citiren müssen, von den Sächsischen Doctoribus selbst exorbitant genennet werden, *Berger in Electis Processus matrimonialis* §. 14. folglich so viel als möglich, einzuschräncken und durchaus nicht auf andere höhe und im Nahmen der Landes-Fürsten sprechende Collegia zu erstrecken seynd, vielmehr diese letztere Kraft der in gantz Teutschland hergebrachten Observanz alle der Landesherrlichkeit unterworfene ohne einige Requisition dessen, der gleichfals einiges Recht über sie prätendiren, vorladen, teste *Schiltero Exerc. ad D.* 7. §. 10. welches einen apanagirten Herrn um destoweniger befremden darf, da selbst die völlig regierenden und omnimodam superioritatem territorialem habende Fürsten, daß ihre Unterthanen unmittelbar von der Reichs-Cammer vorgeladen werden, zugeben müssen, *Gail. l.* 1. *Obs.* 98. *n. ult. Stryk in usu moderno tit. de in jus vocando* §. 12. (3) zwar nicht zu leugnen, daß der Herr Secundogenitus kein blosser Gerichts-Herr, sondern (4) weit mehr Jura, als die Apanagiati sonst gemeiniglich haben, erhalten, wohin insonderheit das Jus Cancellariæ gehöret, welches regulariter keinem Apanagiato zustehet, *Berger de Judiciariis Cancellariarum prærogativis* §. 5. gleichwol da derselbe dem Herrn Primogenito in dem Vergleich die Landes-Superiorität mit allen Oberherrlichkeiten, Recht und Gerechtigkeiten sowol in statu politico als ecclesiastico zugestanden, von den zu solcher Superiorität gehörgen Juribus keine weiter, als die er expresse von dieser Regel ausgenommen und ihm vorbehalten, prätendiren mag, endlich (5) die Beamte zwar der Gerichtsbarkeit des Herrn Secundogeniti, anbey aber auch der Landes-Superiorität des Herrn Primogeniti unterworfen seynd, diesem nach in solchen Sachen, so die Landesherrlichkeit betreffen, gleichfals unmittelbare Befehle annehmen müssen; So halten wir dafür, daß zwar des Herrn Primogeniti Consistorium vermöge der Chur-Sächsischen Rechte die in der Graffschafft gesessene

sessene Unterthanen mediate citiren müsse, sonsten aber hochbesagter Herr Primogenitus, und nach *Franzkii lib.* 1. *Resolut.* 18. *n.* 41. Doctrin auch dessen obere Collegia wol berechtiget seynd, die Pastores in geist- und weltlichen Sachen immediate zu citiren, und denen Beamten des Herrn Secundogeniti Befehle in solchen Dingen, welche die Landes-Herrlichkeit betreffen, unmittelbar zuzusenden.

COROLLARIA.

1 Sine citatione nemo condemnari potest, etsi delictum, quod commisit, manifestum sit, nulloque modo excusari posse videatur.

2 Citatus ad unam causam in alia respondere non cogitur. *Carpzovius Decis.* 214. *n.* 6.

3 Citatio die feriato insinuari potest, *Gailius l.* 1. *Obs.* 53. quem male refellit *Ummius.*

SPECIMEN XXXII.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. II. TIT. IV.
DE
VITIOSA CITATIONE
PVBLICE DEFENSVM

A

JOH. DIETR. BALHORN.

D. XXIV. NOVEMBR. ANNI CIↃ IↃ CC XIV.

I.

Citatio ad plures coheredes & consortes litis directa, sed uni saltem vel aliquibus, insinuata, hos solos obligat, quod ad reliquos autem invalida est.

 Non

on ita diu est, ex quo quæstio hæc JCtis Helmstadiensibus proposita fuit, an citatio ad plures coheredes directa, sed uni saltem eique præcipuo, qui in ædibus defuncti habitabat, insinuata ceteros etiam obligaret. Magno conatu hoc affirmabat actor, neque destituebatur auctoritate DD. qui eum, cui insinuatio facta, ad citationem cum ceteris quoque communicandam obligatum dicunt. Nos tamen, contrarium verius esse, atque citationem hanc ceteros coheredes non obligare, existimavimus. Namque primum actiones, quæ contra defunctum competebant, ipso jure inter coheredes divisæ sunt, ita, unusquisque eorum saltem pro parte, qua heres est, conveniri queat L. 157. §. 2. *de Reg. jur. L.* 6. *C. Fam. hercisc.* Qui igitur separatim obligati sunt, separatim etiam citari debent. Et licet jura coheredibus consortibusque litis permittant, pro se invicem comparere, L. 2. C. *de Consortibus eiusdem litis*, nullibi tamen eos ad hoc faciendum obstringunt, nec necessitatem illis mittendi ad reliquos citationem imponunt. Deinde heredes, qui alibi sibi domicilium constituerunt, domicilium defuncti retinuisse dici non possunt, *l.* 4. *Ad municipalem*, adeoque nec ad domum defuncti citari queunt. Plures pro hac sententia nostra rationes *Mevius P.* 4. *Dec.* 337. affert atque casum nostro simillimum similiter decisum fuisse restatur. Sic igitur JCti Helmstadienses mense Julio anni CIↃ IↃ CCXIII. pronunciarunt. Daß Klägerin zuförderst die übrige Mit-Erben gebührend vorladen zu lassen schuldig sey; atque has subiecerunt decidendi rationes: Der gantze Streit kommt gegenwärtig darauf an, ob Beklagte, der die auf sie und die übrigen Mit-Erben gerichtete Citation allein insinuiret worden, sich auf die Klage einzulassen schuldig gewesen. Klägerin will solches daher behaupten, weil Beklagte, als die Haupt-Erbin, annoch in

dem

dem erbschaftlichen Hause sitzet, folglich mit denen übrigen in Gemeinschaft stehet, und daher nach unterschiedener Rechts-Lehrer Meynung denenselben die Citation zuzuschicken schuldig gewesen; Alldieweil aber Beklagte beständig vorgiebt, daß die anderen Mit-Erben, insonderheit die bey'en ältesten Stief-Kinder, von ihr abgefunden und befriediget, also die anfängliche Gemeinschaft aufgehoben worden, welches auch deshalben gar wahrscheinlich ist, da der Vater bereits vor vielen Jahren, nemlich anno 1704. mit Tode abgegangen; hiernächst die Citationes regulariter einem jeden an dem Ort seines Aufenthalts insinuirt werden müssen, und aber bekannten Rechtens, daß ein Erbe, der an einem andern Orte wohnet, des Verstorbenen domicilium nicht behält, folglich auch in selbigem nicht citiret werden mag; im übrigen und wenn gleich zugestanden würde, daß das Haus annoch gemeinschaftlich sey, dennoch auch in solchem Fall die absonderliche Citation eines jeden Erben von Mevio vor nothwendig geachtet wird; So haben wir dafür gehalten, daß zuforderst alle Mit-Erben gebührend vorgeladen werden müssen. Cum itaque citatio uni coheredi vel consorti litis insinuata ceteros non obliget, investigandum porro est, an non quod ad illum ipsum, cui insinuata fuit invalida sit, atque is citra contumaciæ notam non comparere possit. Equidem videbatur is exceptione plurium litis consortium tutus esse. Verum ista exceptio regulariter consortem non liberat, quo minus pro sua parte respondere debeat, L. 1. *C. de Consortibus ejusdem litis*, nisi vel causa plane sit individua, de quo casu *Mevius P. 8. dec.* 320 agit, vel dividua quidem, sed unus ex consortibus in solidum conveniatur. Fac tamen exceptionem illam locum invenire, nihilominus citatus ille ad comparendum eamque exceptionem proponendam obligatur. Generaliter enim verum est, citatum contumaciæ notam non effugere, qui exceptionibus dilatoriis fretus non comparet, cum comparere easque allegare & cognitioni judicis

judicis submittere debeat, L. 2. *pr. Si quis in jus vocatus non ierit*, *L. 5. de Judiciis*. Quibus rationibus commoti JCti Vitembergenses, mense Augusto anni cIↄ Iↄ ccx. equitibus quibusdam eos consulentibus sic responderunt: Begehren die Herren Unterricht, ob die an sie ergangene Citation, weil darinnen die Unterthanen als Litis Consorten ausgelassen worden, für unkräftig zu achten, auch dieselbe, ohne die Strafe Ungehorsams zu befürchten, auf den angesetzten Termin aussen zu bleiben befugt seynd. Ob nun wohl in dem Fall, da mehr Litis Consorten vorhanden, selbige insgesamt, jeder absonderlich, vorgeladen werden müssen; Dieweil aber dennoch die Auslassung des andern Litis Consorten dem einen, so richtig geladen worden, keine Macht aussen zu bleiben giebet, da zumal, wie im gegenwärtigen Fall die Puncte gantz wol von einander zu separiren, auch denen Herren Exceptionem plurium litis consortium in termino vorzuschützen frey stehet; So ist die Citation zu Recht beständig, und mögen die Herren, ohne in die Strafe Ungehorsams zu verfallen, auf dem gesetzten Termin nicht aussen bleiben.

II.

Citatio, per notarium publicum extra territorium citantis insinuata, nullius momenti est.

Frequentissimum est, ut citationes per notarios publicos insinuentur, quorum relatio eandem cum relatione tabellariorum jureiurando obstrictorum fidem & auctoritatem habet. In ipsa camera Imperii notarii sæpissime ad insinuationem adhibentur. Vide *Ordinat. Cam. P.* 1. *tit.* 39. §. 1. *&* 3. Sed Cameræ quidem licebit, vel nuncios suos vel notarios in omnes Imperii provincias mittere. Quæritur vero, an judicibus aliis permissum sit eos, quos extra jurisdictionem suam habitantes ad tribunal suum

ſuum vocare volunt, per notarios publicos citare. Quæſtio hæc ventilata aliquando apud nos fuit in caſu, quo judex aliquem in territorio prorſus alieno viventem, ſed qui ſub ſua jurisdictione deliquerat, ad judicium ſuum, tanquam ad forum delicti, per notarium vocaverat, &, cum copiam ſui citatus non faceret, tanquam contumacem damnaverat. Putabat ſcilicet, citationem per notarium publicum inſinuatam plus auctoritatis habere, quod notariorum poteſtas ab ipſo Cæſare derivata vim ſuam per integrum Imperium extendat. At nos, citationem huiusmodi irritam eſſe & citatum impune non paruiſſe, exiſtimavimus. Nam judici, qui extra territorium ſuum jus dicit, obſequium recte denegatur *L.* 20. *de Jurisdictione.* Et una ſaltem via in jure noſtro præſcribitur, qua citari debent hi, qui noſtræ jurisdictioni ſubiecti non vivunt, per ſubſidium nempe magiſtratus eorum ordinarii *Novella* 134. *c.* 5. Vide *Habnium ad Weſemb. tit. de Judiciis n.* 16. Accedit, quod notarius huiusmodi, qui vicem nuncii judicialis ſuſtinet, ampliorem, quam nuncius ab eo judice miſſus, poteſtatem non habeat, nec auctoritate, quam a Cæſare accepit, in deminutionem jurium, quæ alteri competunt, abuti poſſit. Quapropter ſic pronunciarunt JCti Helmſtadienſes menſe Novembri anni CIↃ IↃ CCXII. Es ſeynd Beklagte in Ermangelung richtiger Citationen zu erſcheinen nicht verbunden geweſen, indem dieſelbe durch den Judicem domicilii vermittelſt literarum requiſitorialium vorgeladen werden ſollen, dahingegen die erſtere Citation nur durch einen Notarium, die letztere aber durch den Königlichen Richter, welchem Beklagte keine Gerichtsbarkeit über ſich zugeſtehen, eingehändiget worden.

III.

Is, cui in expeditione muneris publici extra domum ſuam conſtituto citatio inſinuatur, impune illam recuſat.

Cum aliquando cuidam ministro Ecclesiæ varia crimina obiicerentur, inter cetera etiam de eo accusabatur, quod missam sibi a Consistorio citationem atque per tabellarium consuetum oblatam reiecisset. Ille vero, eam sibi ad sacri muneris sui expeditionem eunti in ipso templi vestibulo intempestive exhibitam, atque propterea recte a se recusatam fuisse, respondebat. Nec nobis hac in parte deliquisse aut reverentiam Consistorio debitam læsisse videbatur. Jam tum leges Romanæ pontificem, dum sacra facit, aut eum, qui in causa publica occupatus est, in jus vocari vetant *L. 2. de in jus vocando.* Et licet vetus in jus vocandi modus ab hodierno diversus sit, tamen eadem ratio, ob quam olim istiusmodi personarum vocatio prohibita fuit, adhuc perdurat, ne scilicet administratio sacrorum vel muneris publici turbetur. Quare istam prohibitionem hodie sublatam esse, non existimamus. Accedit, quod plurimi Doctores, inter quos *Suendendærferum ad Fibigium n.* 89. nunc saltem nominabimus, citationem non alio in loco, quam in domicilio citati, ei insinuari posse asserunt.

IV.

Citatio ad domum non recte fit, cum ipsi citando sine difficultate insinuari potest.

Quando ipsius citandi copia haberi potest, citatio ei insinuari debet. Atque tunc reliqui omnes in jus vocandi modi cessant, quippe qui in subsidium saltem, cum citatio in faciem fieri nequit, locum habet. Fac ergo, quem duas domos in eadem provincia possidere, in una vero constanter morari, sed in alteram non nisi raro venire. Tum tabellarius, qui citandum ipsum in ædibus consuetis facili negotio deprehendere poterat, non recte faciet, si cita-

citationem in ædibus, in quibus eum non adeſſe ſcit, inſinuat; nec peccant domeſtici, qui citationem non acceptant, ſed tabellarium ad ipſum dominum ablegant. Movet nos, ut ſic ſentiamus, Ulpianus, qui *in L.* 1. §. 1. *de Agnoſcendis & alendis liberis* tunc demum denunciationem ad domum fieri poſſe dicit, cum denuncians nullius eorum, quibus denunciare vult, copiam habet. Conſentit nobiscum *Mevius P.* 4. *Deciſ.* 337. Et reſponderunt ita JCti Helmſtadienſes menſe Julio anni CIƆ IƆ CCXIII.

V.

Edictalis citatio contra eum, qui extra territorium in certo tamen loco vivit, male adhibetur.

Aſſerit *Gailius Lib.* 1. *O.* 56. *n.* 7. poſſe quidem eum, qui extra territorium vivit, per literas ad magiſtratum eius directas citari, optimam tamen omniumque tutiſſimam viam eſſe edictalem citationem. Exiſtimat itaque, edictali citationi tunc, cum ſubſidiaria adhiberi non poterat, locum eſſe. Eandem ſententiam ab *Ummio* quoque *ad Proceſſ. Diſput.* 5. *n.* 62. *& Reyger in Not. ad Mynſing. Cent.* 2. *Obſerv.* 69. defendi, teſtatur *Martini*, qui tamen ipſi *in Analectis ad Proceſſum Tit.* 4. *Rubr. n.* 5. illam in dubium vocat. Et recte quidem. Jura enim, quæ edictali citationi locum faciunt, non aliter eam admittunt, quam, ſi citandus non poſſit inveniri, *c.* 10. *X. de Dolo & Contumacia.* Clariſſime Clemens V. Pontifex *in Clement.* 1. *de Judiciis*: *Præfatum*, inquit, *modum citandi reſtringimus ad illos tantum, & in illis locum volumus vindicare, qui faciunt, impediunt, vel procurant per ſe vel per alios quoquo modo, ne ad eos poſſit citatio pervenire, vel quorum domicilia ſive loca non poſſunt tute libereve adiri.* Adde *Clement. un. de Foro compet.* Quapropter meminimus, virum quendam præcipuæ digni-

 tatis,

tatis, qui in aula Principis vivebat, senatui civitatis, alteri Principi subiectæ, actionem iniuriarum comminatum esse, quod ab illo edictaliter citatus esset. Nec inique. Edictalis citatio enim sugillat quodammodo existimationem citati illumque vagabundum declarat. Itaque is, qui in alieno territorio vivit, per subsidium magistratus sui citandus est. Tres tamen potissimum casus sunt, quibus citatio edictalis contra eum jure adhibetur, primum cum locus, in quo degit, incertus est, deinde cum magistratus auxilium suum in insinuanda citatione denegat, denique, quando citandus magistratus eius jurisdictionem non agnoscit. Quem in modum aliquando JCti Vitembergenses responderunt: Ob wol Beklagter noch zur Zeit in Bareuth anzutreffen; Weil er aber doch, daß er dem Foro zu Bareuth nicht unterworfen, vorgiebt, also pro vagabundo wol geachtet werden mag; So ist mit der edictal Citation wider ihn zu verfahren.

VI.

Quousque per spontaneam comparitionem vitiosa citatio convalescat.

Afferunt DD. communiter, vitia citationis per spontaneam comparitionem sanari. At hoc ita simpliciter verum non esse, jam tum alii ante nos observarunt. Scilicet dantur nonnulla vitia, quæ citatus, etsi comparuerit, adhuc in termino ipso proponere & propterea litis contestationem detrectare potest. Sic is, cui terminus nimis angustus præfixus est, ita, ut spatium deliberandi non habuerit, comparendo facultatem excipiendi sibi non adimit. *Martini in Processu tit.* 4. §. 1. *n.* 167 *sqq.* Idem obtinet in eo, qui ad diem feriatum adesse jussus est. Quin imo hic, si feriæ divinæ fuerint, licet comparuerit, & omissa exceptione feriarum responderit, nihilo tamen minus deinde, quod

uod in feriis gestum est, tanquam nullum impugnare oterit, arg. *c. ult. X. de Feriis.* Sed hoc in exceptione fearum divinarum singulare est. Reliquæ vero exceptiones, uæ contra vitiosam citationem competunt, amittuntur, si itatus copiam sui faciat nec easdem in termino opponat. taque sic dicendum est, vitia citationum sponte compaendo debitamque exceptionem non opponendo sanari. Clara est ea de re *Lex. 1. §. 1. de Feriis.* Quapropter JCti Vitembergenses mense Junio anni CIↃ IↃ CCIX. negarunt, ententiam tanquam nullam impugnari posse, quæ in ipsis nessium feriis promulgata, & ad quam audiendam quis oretenus & unico vix die interiecto citatus fuerat, quod is comparuisset tamen, nec ulla istorum vitiorum mentione facta sententiam audivisset: Was des Appellantens eigentliche Gravamina betrifft, so urgiret er zwar fürnemlich, daß das zum Grunde gesetzte judicatum, weil selbiges am 1. August also wählenden Erndte-Ferien publiciret, er auch nur mündlich dazu geladen worden, und keine gewöhnliche Frist, sondern nur einen einigen Tag Zeit gehabt, null sey, und Kraft Rechtens nicht ergreiffen können; Dieweil aber dennoch Appellant, da er von freyen Stücken erschienen, und der Publication des Urthels beygewohnet, denen an sich selbst sonst ziemlich erheblichen Exceptionibus feriarum, illegitimæ citationis & termini nimis angusti stillschweigend renunciiret; So haben wir Appellantens Gravamina für unerheblich gehalten, und den Bescheid lediglich confirmirt.

VII.

Citationes iniuriosæ ad comparendum non obligant.

Iniuriosas etiam citationes vitiosas esse, & ad comparendum non obligare, putamus. Vocamus autem iniuriosas non solum illas, quibus contumeliæ in citandum continentur,

tur, ſed & has, in quibus debiti eidem tituli non tribuuntur. Nam & denegatio titulorum honoris iniuria eſt, cum iniuria ſit omne id, quod in contemtum alterius tendit *l.* 15. §. 25. *&* 27. *de Iniuriis* & ſub factis in jure noſtro etiam non facta contineantur *L.* 2. §. 5. *de Verb. obligat.* Adde *Mevium P.* 5. *Deciſ.* 259. Iniurioſarum huiusmodi citationum exempla auctor libelli, qui ſub nomine *Hiſtoire ſecrette des intrigues de la France en diverſes cours de l'Europe* Londini anno 1713 prodiit, *Tom.* 2. *p.* 76. refert. Cum enim Guilielmo, Principi tunc Arauſionenſi, lis ſuper hoc principatu a Condæo apud Senatum Pariſienſem, quem Parlamentum vocant, intentaretur, binis ad eum citationibus miſſis, alteri quidem: *Domino Wilhelmo, Comiti Naſſoviæ habitanti Amſtelodami in Hollandia;* alteri vero: *Civi Hagæ Comitum;* inſcribebatur. Nec ita diu eſt, quod Princeps quidam Imperii alterius Principis vaſallus citationes ab hoc miſſas, ob omiſſum ſereniſſimi titulum, accipere detrectaret.

COROLLARIA.

1 Communis DD. Carpzovii, Oldendorpii & Rittershuſii opinio, quod dominus feudi a Vaſallo non, niſi impetrata venia, in jus vocari poſſit, falſa eſt.

2 Citatio aut ſubſcripta debet eſſe a judice aut ſigillo judicii munita. Si neutrum factum ſit, ei impune non paretur.

3 Nulla eſt citatio, qua quis ſimpliciter ad judicium vocatur, nec additur, quid ei in judicio faciendum ſit.

SPECI-

SPECIMEN XXXIII. MEDITATIONVM AD PANDECTAS AD LIB. II. TIT. V.

DE

CONTVMACIA

PVBLICE DEFENSVM

A

MARTINO SCHVLTZE,

STENDALIA PALÆO-MARCHICO.

D. XII. DECEMBR. ANNI cIↃ IↃ CCXIV.

I.

Quousque fatua causa a dolo & contumacia excuset.



Vulgata est regula apud Doctores: Fatua causa a dolo & contumacia excusat. Ad quam stabiliendam afferunt communiter *L.* 12. §. 3. *de Liberali causa*, in qua Ulpianus: *Quotiens*, inquit, *quis iustis rationibus ductus, vel non iustis, sine calliditate tamen, putavit se liberum, & in libertate moratus est, dicendum est, hunc in ea causa esse, ut sine dolo malo in libertate fuerit.* Adde *L.* 2. §. 1. *Si quis in jus vocatus.* At hanc regulam sic simpliciter admittere non possumus, sed distinguendum putamus: Aut agitur contra contumacem saltem ad sumtus, quos judex & adversarius propter emansionem eius frustra impendit, restituendos, aut gravior ipsi pœna, qualis est confessi & convicti, recogniti, vel mulcta etiam pecuniaria, intenditur. Priore casu levior, seu, ut DD. loquuntur, fatua causa ipsum a restitutione expensarum non liberabit, cum, etsi non doli, minimum culpæ reus sit, unus-

unusquisque vero ad damnum quod per ipsius culpam adversarius sentit, sarciendum obligetur. Accedit, quod secundum usum judiciorum & collegiorum, qui ex clausula generali *Legis* 1. §. 1. *Ex quibus causis maiores* in integrum restituitur, indemnem tamen adversarium servare, sumtusque, quibus faciendis occasionem dedit, ei reddere debeat. Sed posteriore casu, cum non tantum restitutio expensarum, sed gravius praeiudicium contumaci inferendum est, tum judicem mitiorem esse, atque excusationes infirmiores sive fatuas admittere posse, dummodo dolum absuisse videat, existimamus. Is enim vere contumax dicitur, qui vocatus per dolum malum & contemtum judicis non comparet. Atque contra hunc, Innocentius IV. Pontifex *in c.* 1. *de Appellationibus in sexto* loquitur, qui jus & judicem & partem illudit, justum est, ut jura insurgant, atque in eum tam in expensis quam causa procedatur. Cum eo tamen, qui non per calliditatem, sed per negligentiam sui copiam non facit, lenius agendum est. Quamobrem non improbamus sententiam *Besoldi de Appellat. c.* 6. §. 4. *p.* 193. aliorumque, quos in partes vocat, asserentium, audiendum & illum esse, qui se non ex contemtu, sed multitudine aliorum negotiorum obrutum per oblivionem absuisse dicit. Certe enim, si non ad aliud remedium, saltem ad restitutionem in integrum confugere poterit, *l.* 25. *Ex quibus causis maiores*. Ex eodem fundamento JCtos Vitembergenses mense Augusto anni cIↃ IↃ CCIX. pronunciasse, recordamur. Vocatus quis erat in judicium & comparuerat etiam per mandatarium, qui cum aliquamdiu oppertus esset, tandem judicem percontatur, quousque sibi adhuc praestolari necesse esset. Cui judex: actuarius meus, ait, peregre abest, sine quo facere nihil possum, & dubito, an rediturus sit, ob foedissimam, quae nunc est, tempestatem. Quo responso accepto, mandatarius ad dominum redit, & ei,

ei, quæ audiverit, renunciat. Tum uterque securus, jam officio suo se satisfecisse, putat. Interea redit actuarius, habetur judicium, contumacia comparentis accusatur. Quæritur deinde, an vera hoc contumacia esset, quæ dispendio causæ puniri posset. Equidem magna incuria & domino & mandatario ejus imputari poterat. At dolum tamen & contemtum abfuisse, liquido apparebat. Igitur excusarunt eum JCti memorati, quorum verba hic afferemus: Beklagter meynet zwar, es sey die von Klägern über fünf Wochen nach eröfnetem Urthel eingewandte Leuterung unzuläßig; und möge die fürgeschützte Entschuldigung, als ob er die Abschrift des Urthels erst vier Wochen nach dessen Publication empfangen, ihm nicht zu statten kommen, in Ansehen, daß, da er den publicationstermin gewust, er in selbigem entweder erscheinen, oder die Abschrift bey Zeiten suchen sollen. Alldieweil aber Kläger an seinem Fleiß es eben nicht ermangeln lassen, sondern einen eigenen Bothen um in die publication zu willigen, und Abschrift des Urthels zu erhalten, abgeschicket, dieser aber unverrichteter Sachen und mit einer solchen von dem Amtmann selbst erhaltenen Antwort zurück gekommen, aus welcher Kläger, daß die publication selbigen Tages nicht vor sich gehen möchte, vermuthet; Bey welcher Bewandniß, und da auch geringe Entschuldigungen in lapsu fatalium und contumacia angenommen werden, so haben wir Klägers Leuterung vor zuläßig billig erkannt.

II.

Qui in jus vocatus negat se venturum, atque tamen venit, contumax non est.

Ait *Strykius in Introductione ad Praxin* c. 6. §. 2. citatum si dicat, se nolle comparere, statim contumacem esse auctoremque eius sententiæ nominat *Brunnemannum in*

 Processu

Processu civili c. 4. n. 7. At nos circa vocem illam *statim* hæremus, mitioremque *Friderici Mindani* opinionem præferimus, qui *lib. 2. de Mandatis cap. 17. §. 5.* contra Glossæ auctoritatem, terminum præfixum exspectandum esse, contendit. Etsi enim non negemus, peccare eum, qui venturum se audacter negat, reumque læsæ reverentiæ judici debitæ peragi & extra ordinem puniri posse, attamen non vere contumax dici, nec sententia statim contra eum ferri potest, cum secundum Hermogenianum in L. 53. §. 3. *de Re judicata* contumaces non videantur, nisi qui, cum obedire deberent, non obsequuntur. Etsi igitur quis diserte profiteatur, se venturum non esse, si tamen deinde consilium mutavit & judici morem gessit, in verbis saltem peccavit, non re ipsa & facto. Uti autem, ubi facto opus est, verba non sufficiunt, ita etiam verba sola non statim nocent, nisi factum sequetur, & ita delictum consumetur L. 52. §. 19. *de Furtis.* Accedit argumentum ex L. 3. C. *de Plus petitionibus* desumtum, ubi, si quis super ampliore pecunia, quam ipsi debebatur, cautionem exigit, & ad judicium debitorem per dolum & machinationem vocavit, nullo dispendio prægravandus dicitur, si quidem ante inchoatam litem calliditatis eum pœniteat, & debiti veram quantitatem confessus fuerit. Eadem itaque pœnitendi licentia danda quoque est ei, qui in jus vocatus se venturum negavit.

III.

Nemo contumax dici, nec ad expensarum restitutionem damnari potest, quem judicis inscitia vel negligentia excusat.

Atrocissimum apud priscos Romanos crimen erat, de habilitate & eruditione judicum, quos Princeps huic muneri præfecerat, dubitare. *Symmachus lib. 10. ep. 41: Qui summi*, ait, *loci judices decolorant, sacri testimonii facilitatem*

tem videntur inesse. Durius vero adhuc Imperatores in L. 3. *C. de Crim. Sacrilegii*, inquiunt, *instar est, dubitare, an is dignus sit, quem elegerit Imperator.* At jamdiu *Cujacius in Paraticl. C. de Crimine sacrilegii* observavit, istiusmodi dubitationes hodie ne in minimo quidem vitio poni. Quodsi itaque sine criminis metu scapham appellare, & judicem inhabilem, etsi a principe datus sit, inhabilitatis accusare licet, nos quoque, quibus quotidie istiusmodi hominum ineptias & errores non sine nausea pervolutare necesse est, hanc nobis libertatem sumimus, aperteque profitemur, magnam eorum partem, qui magistratus gerunt & judicandi munere funguntur, indignos esse ista dignitate & administrandæ iustitiæ prorsus incapaces. Alios scilicet ingenium destituit, alios juris peritia, alios denique debita sedulitas. Infinita hinc in subiectos & litigantes redundant damna. Ferri hæc quidem & sarciri a judicibus illis imperitis aut negligentibus debebant. Sed tantum abest, ut id fiat, ut etiam hæc illis imperitia & negligentia, qua lites augentur & excrescunt, plerumque lucro sit. Igitur, quod solum possumus, illud saltem cavemus, ne alterutra pars sola isto dispendio prægravetur. Æquius est, ut utraque ferat, quod per inscitiam aut culpam magistratus accidit. Exemplis res optime illustrabitur. Scilicet non comparuit quis stato die in judicio, aut non fecit id, quod debuerat. Accusat igitur contumaciam eius adversarius, atque, ut minimum sibi sumtus frustra facti restituantur, petit. Sed accusatus culpam in judicis vel imperitiam vel negligentiam transfert. Hic certe nihil iniquius foret, quam damnare eum, qui judicem auctorem habet. Absolvisse nos aliquando hominem agrestem recordamur, qui per sententiam a collegio Juridico conceptam probare intra certum tempus jussus erat, eoque nondum lapso judicem adierat, &, quid sibi faciendum esset, simplicissime rogaverat. Cui judex: tace

tu modo, &, donec adversarius te urgeat, exspecta. Miser itaque ille tutum se ratus conquiescit, diemque probationi præfixum effluere sinit. Tum adversarius, accusata contumacia, torpentem excitat, &, ut probatio deserta judicetur atque sumtus litis sibi restituantur, flagitat. At nos ab utroque liberavimus hominem. Quid enim potuisset amplius facere. Rusticus erat juraque non norat. Peritiores igitur consulere debuerat. Sed consulerat, & quidem eum, quem ipse pro peritissimo habebat. Decepto igitur imputari nihil omnino debebat, arg. L. 9. §. 3. *de Juris & facti ign.* Idem est, si judex per negligentiam peccet, ut, si quis ante terminum se tempestive apud judicem excuset idque adversario significari petat. Etsi enim judex id non fecerit atque alter comparendo frustra sumtus impenderit, hos tamen ab eo, qui se excusarat, non repetit. Ita JCti Vitembergenses mense Majo anni CIↃ IↃ CCXI. responderunt: **Die Erstattung der durch Aussenbleiben der Beklagten auf dem angesetzten Termin verursachten Unkosten mag derselben, da sie solchen zu rechter Zeit abgekündiget, und das factum judicis, der die schon verfaßte Notification Klägern nicht insinuiren lassen, nicht zu verantworten hat, keines Weges auferleget werden.**

IV.

A pœnis contumaciæ liberatur, qui auctoritatem judicis secutus legi vel sententiæ non paruit.

Qui auctoritate judicis commotus legi vel sententiæ non paret, excusandus est, arg. L. 10. *in fin. de Bonorum possession.* L. 9. §. 3. *de Juris & facti ign.* Rem optime exemplo illustrabimus. Edixit Rex Prussiæ in notissima de rebus judiciariis lege anno 1713 promulgata, §. 40. ut terminus probatorius in posterum non a die, quo sententia in

rem

rem judicatam transiit, sed a die publicationis currere incipiat. Eam legem judices nonnulli & collegia illustria non observant, sed computationem veterem, a die scilicet factæ rei judicatæ, retinent. Id jure an iniuria fiat, nunc non inquiremus. Quodsi tamen quis, cui onus probandi impositum, judicis sui auctoritatem secutus, nova lege neglecta terminum sibi præfixum non a die promulgationis, sed more veteri, computarit, probationem deseruisse & contumax fuisse dici non potest. Sic responderunt ICti Helmstadienses mense Januario anni CIƆ IƆ CCXVI: Es beschweret sich Beklagter darüber, daß Klägers Beweis vor zuläßig erkannt worden, da doch selbiger nach Ertheilung des Bescheides, welcher ihm den Beweis auferleget, vier gantzer Wochen, ohne sich zu melden, verbeystreichen lassen, und die verbesserte Ordnung des Justiz-Wesens die Beweis-Artickel innerhalb 4. Wochen von Zeit der publicirten Sentenz einzubringen befiehlet. Ob nun wol die Worte besagter Ordnung ziemlich deutlich, und dessen Publication im gantzen Lande geschehen, folglich auch die, so der Magdeburgischen Regierung unterworfen, verbindet, überdies die zu Einführung einer contrairen Gewohnheit nöthige Zeit noch lange nicht verflossen, und es demnach daß Ansehen gewinnet, ob hätte der auferlegte Beweis vor desert erkannt werden müssen; Alldieweil aber hochbesagte Regierung bißher per usualem interpretationem den aus dem Justiz-Reglement angeführten locum von einer in Kraft Rechtens ergangenen Sentenz erkläret, solche Erklärung auch der Rationi Juris und Processus, als nach welcher der Beweis binnen den ersten 10. Tagen nach eröfnetem Urthel unmöglich geführt werden kan, überaus gemäß ist, überdies allhier es darauf gar nicht ankommt, ob die Interpretation von der Regierung recht oder unrecht sey, sondern ob Kläger, der sich bona fide nach selbiger gerichtet, und die 4. Wochen a tempore judicati angerechnet, vor ungehorsam gehalten, und mit Verlust seines Beweises,

ſes, woran ſeine gantze Sache hanget, beſtrafet werden könne, welches denn allerdings zu negiren iſt, in Betrachtung, daß auch Ingnorantia juris demjenigen, welcher prudentiorem und vielmehr ſeiner Obrigkeit Gutachten vor ſich hat, entſchuldiget, und daß auch eine etwas wahrſcheinliche Urſach a dolo und contumacia befreyet; So seynd wir vorigen Beſcheid zu beſtätigen, die Unkoſten aber, weil Beklagter die Worte des Juſtiz-Reglemens vor ſich gehabt, gegen einander aufzuheben bewogen worden.

V.

Auctoritas celebris JCti a pœnis contumaciæ excuſat.

Ex iisdem fundamentis porro aſſerimus, auctoritatem celebris JCti, qua quis inductus præcepto judicis non paruit, a pœnis contumaciæ excuſare. Rem iterum exemplo illuſtrabimus. Certum eſt jure Saxonico, eum, qui non probare, ſed demonſtrare, beſcheinigen, in ſententia juſſus eſt, ad nullum certum tempus adſtringi, ſed, elapſo etiam termino conſueto, articulos adhuc offerre poſſe, teſte *Carpzovio P.* 1. *Conſt.* 16. *def.* 16. Sed fac, demonſtrationem ſententia aut decreto ſimpliciter comprehenſam, deinde a judice per præceptum ad terminum adſtringi: Kläger ſolle mit der ihm zuerkanuten Beſcheinigung in Sächſiſcher Friſt einkommen; num actorem ſub pœna deſertionis parere præcepto judicis, atque adeo intra prædictum terminum, eumque a die inſinuati præcepti computandum, offerre demonſtrationem oportebit? Negat *Bergerus in Electis Diſcept. forenſ. tit.* 20. *Obſ.* 1. *p.* 631. cuius tamen argumenta dubia admodum ſunt & a plerisque rejiciuntur. Quamvis autem ſententia Bergeri prorſus improbaretur, nihilominus, ſi quis eam ſequatur & præceptum iſtiusmodi negligat, hunc a contumaciæ pœnis liberandum putamus. Et ſic JCti Helmſtadienſes

lienses mense Maio anni cIↃ IↃ CCXVI. responderunt: Es cheinen zwar die Gründe, womit Kläger den Beklagten eines egangenen Ungehorsams überführen will, von weit grösserer Erheblichkeit zu seyn, als diejenigen, mit denen Beklagter sich u entschuldigen suchet. Einmal ist gewiß, daß das Urthel, oorinnen diesem die Gegen-Bescheinigung verstattet worden, in Kraft Rechtens ergangen. Alldieweil aber in dem Leipziger Urthel die Gegen-Bescheinigung nur schlechtweg erkannt und Beklagter an keine gewisse Zeit gebunden worden, folglich selbi-e auch nach Ablauf einer gantzen Sächsischen Frist noch statt indet, hiernächst Bergeri Meynung dahin gehet, daß ein Richter durch blose præcepta, dafür die fol. 168. befindliche auf ein-eitiges Suchen des Klägers gethane Auflage zu halten ist, die impliciter erkannte Bescheinigung an keinen gewissen Termin inden könne, welche des Bergeri Sentez zwar noch einigen Dubiis unterworfen ist, gleichwol wegen ihrer Wahrscheinlichkeit dem Beklagten zur Entschuldigung des ihm beygemessenen Ungehorsams dienen muß; So ist bey solcher Bewandniß, und a in lapsu fatalium und contumacia auch geringe Entschuldi-ungen angenommen werden, die erkannte Bescheinigung vor lesert nicht zu achten.

VI.

Contumax est, qui judici etiam superflua, aut ad quæ obligatus de jure non erat, jubenti non paret.

Qui judici, ad cuius jurisdictionem ipse pertinet, jus dicenti non obtemperat, contumax est, L. 53. *pr.* & §. 3. *e re judicata.* Itaque id potissimum hic intenditur, ut maistratibus sua auctoritas & maiestas sarta tecta conservetur. Nec quæritur hic, quid jusserit judex, sed saltem, an jusserit, dummodo id contra bonos mores non sit. Itaque etsi

etsi superfluum quid aut ad quod quis de jure non obligabatur, sub pœna mandatur, is tamen, qui jussus est, nisi pareat aut per appellationem aliave remedia sententiam judicis a viribus rei judicatæ suspendat, pœnam committit, arg. L. 1. *pr.* & *L.* 20. §. 1. *de Operis novi nunc.* Recordamur, aliquando alicui editionem juratæ specificationis per varia præcepta pœnalia impositam fuisse. Nec ille tamen paruerat. Itaque tanquam contumax ad mulctam solvendam damnabatur. Leuterabat quidem & liquido ostendebat, nec specificationem istam juratam quidquam utilitatis habituram, nec se ad eam jure obligari. Nihilominus tamen JCti Vitembergenses sententiam condemnatoriam confirmarunt mense Maio anni CIↃ IↃ CCX. istis rationibus adducti: Das Leuterungs-gravamen gehet dahin, daß die von Beklagten geforderte eydliche Specification gantz unnöthig gewesen diesemnach selbige weder durch Straf-Præcepta ihm auferleget, noch da er sich an solche præcepta nicht gekehret, die Erlegung der darinnen enthaltenen Strafen ihm zuerkannt werden könne; Dieweil aber dennoch diejenigen Urthel und Bescheide, welche die Herausgebung einer eydlichen Specification unter gewissen Strafen anbefehlen, einmal Kraft Rechtens ergriffen, und Beklagter, daß er dagegen mit seiner Nothdurft nicht zeitiger einkommen, ihm selbst zuzuschreiben hat; So haben wir Beklagten bey so offenbaren Ungehorsam die Strafe nicht völlig erlassen, sondern solche nur wegen einiger hervorscheinenden Umstände gelindert und auf 50. Rthlr. herunter gesetzet.

VII.

De optimo contra reum contumacem procedendi modo.

Sæpius reus, quàm actor, contumax est, & judicium, quantum potest, subterfugit. Remedia igitur, quibus huius

huius contumacia coerceatur, potiſſimum circumſpicienda ſunt. Sed neceſſe non eſt, ut anxie inveſtigentur. Potius multitudine laboramus. Maximum enim eorum numerum DD. ſuppeditant. Ex his optimum eligi debet. Quod ut rectius fiat, vulgares, quibus advocati in accuſanda rei contumacia utuntur, petendi formulas examinabimus. Nonnulli petunt, ut reus denuo ſub pœna contumaciæ citetur. Sed nihil vanius. Nam quæ deinde erit pœna contumaciæ? Nulla alia, quam reſtitutio expenſarum. Atque huius comminatio, etſi non exprimatur, omnibus citationibus, etiam primæ, ineſt. Ergo nihil additur, dum hæc additur. Alii reum ſub præiudicio iterum citari curant. Sed hic modus parum a præcedente differt. Iterum alii, ut reus ſub mulcta pecuniaria de novo citetur, flagitant. At ſic reum quidem, ſi copiam ſui non faciat, malo & damno mactant, ſibi vero emolumentum non procurant, cum mulcta hæc ad judicem non actorem pertineat. Multi, ut reo non comparente lis pro negative conteſtata habeatur, ipſique ad probationem admittantur, rogant. At hæc omnium longiſſima & tædioſiſſima via eſt, cum actor ſic probationis difficultates ſubeat, quas forſan, ſi reus ipſe reſpondiſſet & aliqua libelli capita confeſſus eſſet, effugere potuiſſet. Reſtant multi alii contra contumacem reum procedendi modi, captura, pignorum ablatio, miſſio ex primo decreto in bona contumacis, denegatio audientiæ, excommunicatio de jure canonico &c. Sed in ſingulis iſtis modis eſt, quod deſideremus. Saxones denique peculiarem habent procedendi modum. Petunt ſcilicet condemnationem ad legitima impedimenta, de qua plura vide *in Ord. Proceſſ. Elect. Sax. tit.* 10. §. 4. At nemini auctores erimus, ut hoc remedio utatur. Præterquam enim, quod reſtitutionem expenſarum ſimul petere nequit actor, tot cautionibus opus eſt actori totque ſubterfugia patent reo,

ut fere nunquam iste accusandi modus effectum sortiatur. Vide saltem *Bergerum in Electis Disc. For. p.* 333. *n.* 5. Ipse certe, qui per aliquot annos amplissimo Collegio Saxonico assedi, nunquam fere condemnationem istam ad legitima impedimenta feliciter petitam fuisse, recordor. Quapropter melius faciunt tam hi, qui in Saxonia, quam qui extra eam vivunt, si non comparente reo, primum, legitime illum citatum fuisse, ostendant, deinde expensas sibi restitui petant, denique, ut nova citatio sub pœna confessi & convicti decernatur, flagitent. Sic enim & sumtus, quos frustra impenderunt, recuperabunt, & efficient, ut reus sub ista comminatione denuo citatus, nec comparens, causam totam perdat, nec ulterius, etsi appellare velit, audiatur.

COROLLARIA.

1 Secundum *Mevium P. 3. Dec. 390.* necesse est, ut, qui contumaciam non comparentis accusat, simul pœna alicuius petitionem adiiciat. Igitur generalem contumaciæ accusationem non sufficere, sed iudicem hoc facto nihil decernere debere putat. At rectius alii, iudicem hoc casu & accusanti expensas adiudicare, & novam contra reum sub pœna aliqua citationem decernere posse dicunt. Quæ sententia defenditur (1) ex *tit. C. Ut, quæ desunt advocatis partium, judex suppleat*, (2) quia ipsius iudicis interest, ne per contumaciam partium auctoritas eius convellatur, (3) quia judicis officium est, lites coarctare *L. 13. §. 1. C. de Judiciis.*

2 Reus de capitali crimine accusatus, sub pœna confessi & convicti citatus atque ob contumaciam pro confesso habitus & ad ultimum supplicium damnatus, si deinde capiatur, nequit tamen ad mortem duci, nisi prius legitime convincatur.

3 Citatus ad certum diem, si judex interim moriatur, impune non comparet.

SPE-

SPECIMEN XXXIV.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. II. TIT. VIII.
DE
SATISDATIONE
PVBLICE DEFENSVM
A
JOANNE AVGVSTO RVDOLFF,

D. IX. JANVAR. ANNI CIↃ IↃ CCXV.

I.

Quinque ſunt cautionum genera.

Doctores, qui *in tit. I. de Satisdationibus & D. Qui ſatisdare cogantur* commentantur, quatuor communiter conſtituunt cautionum genera, fideiuſſoriam, pignoratitiam, juratoriam & promiſſoriam. At nos quintum genus ſuperaddimus, cautionem ſcilicet per carcerem, cui cautionis nomen denegari nequit; ſiquidem cautio, ut ab omnibus definitur, eſt ſatisfactio, per quam ſecurum reddimus adverſarium noſtrum. Locum vero habet hæc cautio tunc, cum quis alterum de gravi crimine, ob quod accuſatus carcere detinetur, accuſat. Niſi enim accuſator hic idonee de iniuriæ, damni & ſumtuum reſtitutione caveat, tantiſper ſimili cuſtodiæ committitur, donec vel accuſationis fundamentum probet, vel meliorem cautionem inveniat. *L.* 17. *C. de Accuſationibus* ibi: *Cuſtodiæ ſimilitudinem. Conſt. crim. Car. V. Art.* 12. *&* 14. Eadem cautio tunc etiam exigitur, cum quis alteri mortem vel aliud grave malum machinatur, periculumque

est, ne minas suas exequatur. Nam & hic, nisi idonee caveat, per carcerem cavere cogitur. *Const. crim. Art.* 176. Sed de priori casu vehementer disputatur, an adhuc hodie in illo accusator custodiæ committi possit. Negant nonnulli, inter quos *Rosbach in Processu criminali tit.* 1. *c.* 3. *n.* 6. &, qui omnium novissime *in Constitutionem Carolinam* commentatus est, *Beyerus ad Art* 12. *pos.* 4. *Rarior*, inquiens, *est accusatoris incarceratio non modo in Saxonia, ubi cautionem juratoriam in subsidium admitti, monet Carpzov. Quæst.* 106. *n.* 39 *sqq. sed & in aliis locis, quod vel inde coniicere licet, quia plerique ad Const. Carolin. Crim. Commentatores unicum exemplum tali alicuius Belligiosæ exhibere potuerunt, quod ex* Venturæ de Valentiis Zirizius, *ex eo* Bullæus, *ex* Bullæo *moderni fere omnes mutuantur*. At nos, istam accusatoris incarcerationem ab usu recessisse asserere non audemus. Nam per cautionem juratoriam non satis semper accusato consulitur, maxime si accusator homo improbus & de periurio suspectus sit. Equidem non diffitemur, exempla huiusmodi incarcerationum rariora occurrere. At hoc inde est, quod ipse accusatorius processus parum frequentetur, magisque inquisitorius in usu sit, aut in iis locis, ubi accusationes vigent, eæ plerumque a magistratu advocatis fisci committantur, qui, cum ex officio eas suscipiant, etsi succumbant, iniuriarum tamen & expensarum nomine non obligantur atque adeo nec cavere necesse habent. Cum tamen accusationes adhuc quoque a privatis institui possunt, hi, siquidem iis uti velint, ea, quæ leges ipsis imponunt, subterfugere nequeunt. Nec forsan, si curatius inquirere nunc nobis commodum esset, alia præter Belligiosam istum exempla deficerent. Certe simile nos apud *Manzium in Decisionibus Palatinis Quæst.* 63. legisse recordamur, ubi memorat, delatorem, qui se ad probandum obtulerat, vel ob suspicionem calumniæ denunciationem

suam

ſuam proſequi juſſus erat, durante proceſſu ad petitionem delati arreſtatum fuiſſe, atque liberationem a carcere vix, oblatis cautionis loco omnibus bonis ſuis, impetrare potuiſſe.

II.

In cauſis civilibus actor, qui ſatisdare nequit, carceri tamen includi non debet, ſed, etſi integræ vitæ non ſit, ad juratoriam cautionem admittitur.

Sæpius quæritur, an homo infamis vel vitæ minus probatæ, ſi contra alterum civiliter agat, & ob paupertatem idonee cavere nequeat, ad juratoriam cautionem ſit admittendus. Negant multi, & inter hos *Weſembecius tit. π. Qui ſatisdare cogantur n.* 10. cuius ſententiam *Habnius*, dum non refellit, probare videtur. Aiunt ſcilicet, hominem eiusmodi de periurio ſuſpectum a judice pio & æquo ad jusiurandum admitti non poſſe. Quapropter illum vel plane a judicio repellendum, vel usque ad finem inſtitutæ actionis carceri includendum eſſe putant. Alii tamen longe benignius cum *Brunnemanno ad Authent. Generaliter C. de Epiſcopis & Cler. n.* 8. & *Mevio P.* 9. *Deciſ.* 94. actorem, etſi integræ vitæ non ſit, tamen ad cautionem juratoriam admittunt. Convenit hoc & *Authent. Generaliter C. de Epiſcopis & Cler.* quæ actorem egenum jureiurando cavere ſimpliciter jubet, & æquitati, quæ in jure maxime ſpectanda eſt *L.* 90. *de Reg. jur.* Quid enim foret durius, quam, hominem pauperem, qui forſan juſtam cauſam habet, vel a jure ſuo perſequendo plane repellere vel ſqualoribus carceris per tot annos, quot actio civilis durare ſolet, conficere. Neque obiici nobis poteſt, quod tamen hanc viam in cauſis criminalibus non improbemus. Alia quippe cauſarum ciminalium ratio eſt, quæ & citius finiuntur, & gravius

 pericu-

periculum accuſato intentant, & in quibus uterque ſimilem cuſtodiam ſubit. Nec porro nobis obeſt, quod metus periurii in homine improbo adſit, quod omni modo avertere judicem oportet. Nam tunc ſaltem judex jusiurandum decernere non debet, cum manifeſtæ adſunt conjecturæ, quem peieraturum. At quælibet levis ſuſpicio non ſufficit, ut quis beneficiis, quæ leges indulgent, arceatur.

III.

An & quousque is, cui actio ad rem immobilem petendam competit, a ſatisdatione pro reconventione & expenſis liberetur.

Poſſeſſores rerum immobilium a ſatisdatione pro reconventione & expenſis, ad quam præſtandam actores obligantur, immunes ſunt. An vero pro poſſeſſore rei immobilis habendus ſit, cui actio ſaltem ad eam petendam competit, non convenit inter JCtos, qui in quatuor diverſas opiniones hic ſecedunt. Alii cum *Carpzovio P. 1. C. 5. def.* 17. quamcunque actionem, quæ ad rem immobilem petendam competit, ſive illa realis, ſive perſonalis ſit, a ſatisdando liberare dicunt. Alii e diametro contrarii cum *Schiltero Exerc. ad π.* 7. §. 23. neutram ſufficere putant. Iterum alii cum *Brunnemanno in Proceſſu civili c.* 8. *n.* 9. ſolas actiones reales admittunt. Denique alii cum *Lauterbachio in Collegio tit. Qui ſatisdare cogantur* §. 17. eos ſolos a ſatisdando liberant, qui rei immobilis vindicationem habent. Quam poſtremam ſententiam cum plerique ſequantur & uſu receptam teſtentur, nos etiam amplectimur, ita tamen, ut pariter hereditatis petitionem & actionem publicianam, ſi ratione rei immobilis detur, a ſatisdando excuſare putemus. Nam perſonalem quidem actionem non ſufficere, nec ex realibus hypothecariam nec confeſſoriam, clare ſatis ex *L.* 15. §. 1. 2. 4. *Qui ſatisdare cogantur*, apparet, ut adeo

Carpzo-

Carpzovii & Brunnemanni generalis opinio nequeat defendi. At rei vindicationem & ceteras, quæ illi vicinæ sunt, actiones a satisdando liberare, colligimus primum ex eo, quod in jure nostro æquiparetur, rem ipsam & actionem ad rem petendam habere *l.* 143. *de Verb. signif. l.* 15. *de Regulis juris*; deinde, quia satisdatio hæc ideo saltem exigitur, quod ab eo, qui bona nulla immobilia habet, periculum sit, ne succumbens abeat, & conventioni sese atque expensarum restitutioni subtrahat. At in eo, qui actionem ad rem immobilem petendam habet, metus fugæ atque adeo necessitas satisdandi cessat. Accedit denique argumentum ex *l.* 15 §. 4. *ff. Qui satisdare cogantur*, ubi petitionem personalem habentes satisdare jubentur, desumtum. Nam a contrario sensu colligimus, excusari eum, qui petitionem realem habet. Ad id tamen, ut actio realis a satisdando liberet, duo requiruntur, primum, ut fundamentum eius actionis non dubium nimis & obscurum, sed jus eius liquidum sit, deinde ut super illo jure non in eo ipso processu, in quo satisdandum est, litigetur. Quodsi enim quis prædium petat, & a reo de præstanda satisdatione interpelletur, audiendus non est, si propter hanc ipsam, quam nunc instituit & quam adversarius in dubium vocat, actionem immunis esse velit. Negabit enim sine dubio reus, illi agendi jus esse, atque sic disputatio rediret in circulum. Monuit hoc jam ante nos *Martini in Processu tit.* 13. §. 1. 107. Et in eandem sententiam responderunt JCti Vitembergenses mense Julio anni CIↃ IↃ CCIX.: Ob gleich Kläger den von ihm geforderten Vorstand der Wieder-Klage und Unkosten dadurch, daß solcher von ihm wegen der an dem libellirten Guthe habenden real Anforderung nicht könne begehret werden, abzulehnen suchet; Alldieweil aber die Bestellung des Vorstandes nur denenjenigen, welche eine richtige real Anforderung haben, nachgelassen wird, dahingegen die von Klägern angegebene noch gar zweifelhaft und

erst

erst in gegenwärtigen Proceß auszumachen ist; So wird Kläger den geforderten Vorstand der Wieder-Klage und Unkosten auf 30 Rthlr. mit Bürgen oder Pfanden zu bestellen billig angehalten. Similem in modum JCti Helmstadienses mense Junio anni CIↃ IↃ CCXII. responderunt: Es stehet Klägern die exceptio satisdationis allerdings im Wege, und mag denselben sein vermuthliches Vorgeben, daß er nehmlich actionem realem in Beklagtens Güther habe, diesemnach a satisdatione befreyet sey, nicht zu statten kommen, in Erwegung, daß, bewehrter Rechts-Lehrer Meynung nach, eine actio realis alsdenn, wenn in gegenwärtigem Proceß darüber gestritten wird, keinesweges a satisdando befreyet.

IV.

Actor a satisdando non liberatur, etsi consortem litis habeat, bona immobilia possidentem.

Sæpe plures unam actionem instituunt. Ex his aliqui bona immobilia possident, aliqui non. Cum igitur satisdatio pro reconventione & expensis exigitur, frequens quæstio oritur, an iis, qui bona nulla habent, possessio consortium ad immunitatem a satisdando prosit. Poterat aiens sententia inde defendi, quod plures litis consortes pro uno quodammodo persona habeantur. At verius est, possessionem unius litis consortis alterum onere satisdandi non levare. Namque plures litis consortes, etsi simul agant, non tamen pro se invicem obligantur, sed singuli pro parte saltem sua agunt, & pro parte etiam reconveniuntur, & partem etiam expensarum tantum ferunt. Itaque etsi unus ex illis amplissima bona possideat, ea tamen quod ad ceteros securitatem reo præstare non poterunt, cum possessor pro consortibus suis respondere non debeat, nisi pro illis expresse fideiusserit *Lib. 2. C. de Consortibus eiusdem litis.*

Con-

Consentiunt nobiscum JCti Vitembergenses, qui mense Decembri anni cIↃ IↃ ccx. sic responderunt: Daß Klägere, so viel deren mit unbeweglichen Güthern nicht angesessen, den Vorstand der Wieder-Klage und Unkosten halber jeder auf 10. fl. hoch durch Bürgen oder Pfände zu bestellen schuldig.

V.

Conductores prædiorum publicorum, quos communiter Amt-Leute *vocamus, a satisdando immunes non sunt.*

Recepto judiciorum usu, qui etiam in L. 17. §. 2. *de testam. tut.* fundatus est, viri præcipuæ existimationis & honestatis, seu qui splendidiore dignitate ornati sunt, a satisdando liberantur, teste *Schiltero Ex. ad* ≠. 7. §. 15. Ne tamen id nimis extendatur, merito *Bergerus in Oeconomia Juris p.* 1025. hanc immunitatem restringit ad eos, quibus munere publico ornatis salaria quoque publica constituta sunt. Nam si beneficium hoc quibuslibet titulo quodam honorifico insignitis tribuas, quod nonnullos facere animadvertimus, parum securitati reorum consules. Quamobrem cum aliquando JCti Vitembergenses interrogarentur, an conductor prædii publici, quem Princeps præfecti eines Amtmanns titulo ornaverat, a satisdando immunis esset, ipsi hoc negarunt. Etsi enim, dignitatem præfecti honorificam satis esse nemo negaverit, præterquam tamen, quod, præfectis huiusmodi salaria nulla constituta, ipsorum quoque bona omnia fisco & Principi tacite obligata sunt L. 2. C. *In quibus causis pignus*, ut adeo, si mobilia tantum habeant, iis, quibus cavere debent, vix satis prospectum esse possit. Sic igitur JCti Vitembergenses mense Januario anni cIↃ IↃ ccx. responderunt: Ob gleich Kläger vermeynet, er wäre mit Bestellung des Vorstandes pro reconventione & expensis um des

Willen zu verschonen, weil er das Amt L. im Fürstenthum S. auf 12. Jahr gepachtet, seine gesammte mobilia dahin transferiret, und einen ansehnlichen Vorschuß gethan; und aber Männer, welche in öffentlichen Ehren-Aemtern sitzen, oder mit stehenden Besoldungen versehen seynd, denen Besitzern unbeweglicher Güther in diesem Stück gleich geachtet werden. Alldieweil aber die bekannte und in gantz Teutschland eingeführte Rechts-Regel: actor non possessionatus satisdet; ohne erhebliche Ursache nicht zu restringiren, und daher Klägern der Titul und Charge eines Fürstlichen Amtmanns nicht zu statten kommen mag, in Betracht, daß er dieserhalben mit keiner stehenden Besoldung versehen, sondern nur für einen conductorem rerum fiscalium zu halten, der, weil sein Vermögen der Cammer verpfändet ist, seinen andern Privat-Gläubigern keine sattsame Sicherheit verschaffen mag; So haben wir dannenhero auf Bestellung dieses Vorstandes nicht unbillig erkannt.

VI.

Satisdatio pro reconventione & expensis in causa spolii & reliquis actionibus summariis præstanda est.

Ait *Schilterns Exerc. ad π.7.* §. 16. secundum processum juris Saxonici cautionem ab omni non possessionato actore etiam in processu summario exigendam esse. Sed, quod ille de Saxonia tantum affirmat, rectius *Hahnius* noster *ad Wesembecium tit. Qui satisdare cogantur n* 4. verbis: *omnibus in causis* generaliter asserit, & ad provincias quoque alias Germaniæ extendit. In omnibus enim causis judicis officium est, securitati rei prospicere, ne reconventio ipsi & repetitio expensarum inanis reddatur. Ista vero quæstio aliquando singulariter mota fuit, an actor in actione spolii satisdare deberet. Recusabat hoc ille atque urgebat

gebat potissimum favorem spoliatorum, qui sine omni mora restituendi sunt. Existimavimus tamen, & in hac actione satisdationem istam exigi posse. Etsi enim restituendus sit statim spoliatus, non aliter tamen id verum est, quam si certo de spolio constet. At si causa adhuc illiquida & spolium legitime probandum est, actor non debet ea, quæ ad securitatem rei pertinent, subterfugere. Dissentit quidem a nobis *Berlichius P. 1. Concl. 19. n. 6.* sed infirmissima ratione inductus, quam jam diu explosit *Bergerus in Electis Discept. For. p. 1786 seqq.* Sic igitur responderunt JCti Vitembergenses mense Julio anni CIↃ IↃ CCIX: Ob gleich Kläger den von ihm gefoderten Vorstand der Wieder-Klage und Unkosten dadurch, daß solcher in actione spolii tanquam summaria nicht statt habe, abzulehnen suchet; Alldieweil aber die Bestellung des Vorstandes auch in processibus summariis, sonderlich in actione spolii vonnöthen ist; so haben wir darauf billig erkannt.

VII.

Satisdatio pro reconventione & expensis etiam in processu executivo exigitur.

Magis dubium est, utrum in processu executivo, qui omnium celerrime expediri debet, reus cautionem pro reconventione & expensis poscere queat. Sed & hic eam exigimus, tum quod, ut modo dictum fuit, in omnibus illa causis necessaria est, tum quod natura processus executivi eam præ ceteris requirere videtur. Quum enim paratissima hic sit executio omnesque rei exceptiones, quæ modo aliquid dubii habent, differantur, necessarium utique est, reo securitatem præstare, ne reconventio, qua turbidas exceptiones suas explicare & ad liquidum deducere in posterum vult, inanis efficiatur. *Vide Martini Processum*

 tit. 13.

tit. 13. *n.* 138. *seqq.* Quapropter sic responderunt JCti Helmstadienses mense Februario anni CIↃ IↃ CCXVI: Es ist, was die gefoderte Satisdationem pro reconventione & expensis belanget, nicht ohne, daß solche in allen auch executiv-Processen, sonderlich wenn Beklagter einige wahrscheinliche Ursache anzuführen weiß, weshalben er Sicherheit verlanget, bestellet werden müsse. Und hat Kläger die dagegen angezogene Gewohnheit nicht genugsam bescheiniget.

COROLLARIA.

1 Ususfructuarius a satisdando immunis non est. *L. 15. §. 1. Qui satisd. cog.* Qua lege tamen non obstante, defendemus sententiam *Schilteri Ex. 7.* §. 22. viduam scilicet nobilem, cui dotalitium constitutum est, ad satisdationem non compelli.

2 Errat *Carpzovius*, qui *lib. 2. Resp. 80.* existimat, eum, cui jam per sententiam cautio juratoria injuncta est, a jurejurando non liberari, etsi deinde idoneam cautionem inveniat. Quæ sententia refellitur ex *Auth. Generaliter C. de Episcopis* ibi: *se fidejussorem dare non posse.* Adde *L. 9. §. 5. in fine Qui satisd. cog.*

3 Vir potens, dummodo locuples sit, fidejussor idoneus est.

SPECIMEN XXXV.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. II. TIT. XII.
DE
FERIIS
PVBLICE DEFENSVM

AB

HENRICO JOANNE DORGVTH,

HELMSTADIENSI.

D. IX. MART. ANNI CIↃ IↃ CCXV.

I. *Ad*

I.

Ad constitutionem feriarum expressa principis voluntas non semper requiritur, sed sufficit consuetudo.

II.

Non quævis solemnia pro feriis haberi debent, nisi judicia per illud tempus sint clausa.



Constitutionem feriarum partem maiestatis esse, atque adeo soli principi competere, nemo est, qui ignoret. De quo clarissima extat constitutio in L. 4. C. *de Feriis*, ubi feriæ a judice vel administratore Imperatoris institutæ & nomine feriarum & fructu carere jubentur. Adde *Zieglerum de Juribus majestatis lib. I. c.* 17. §. 1. At cum princeps voluntatem dupliciter, vel expresse vel tacite, declaret, feriæ etiam tacito eius consensu, per diuturnam scilicet consuetudinem constituuntur. Quæ res ideo minus dubii habet, quod & jus civile in L. 7. *pr. de Officio proconsulis* & canonicum in *c.* 2. *pr. X. de Feriis* in festorum celebratione regionum consuetudines attendere jubent. Verum exinde non consequitur, omnes ludos & solemnia, quæ ex recepto antiquo more passim in civitatibus servantur, & statis temporibus recurrunt, ferias esse. Crediderat hoc civis quidam Magdeburgensis, cuius causa mense Maio anni CIↃ IↃ CCX. in collegio JCtorum Vitembergensium examinabatur. Is ad audiendam sententiam in judicium vocatus erat, sed die, quo ex prisco more hi, qui in campo, quem vocant, Martio alios jaculando superaverunt, solemni pompa in urbem deducuntur. Igitur cum non comparuisset, sententiam interim pronunciatam ideo, quod dies publicationis in ferias incidisset, impugnabat. Urgebat illud maxime, quod supra diximus, ferias tacita

 etiam

etiam principis voluntate per diuturnam consuetudinem constitui. Existimarunt tamen dicti JCti illum solemnem incessum, qui speciem triumphi refert, ferias non esse. Non enim solemnitas sola ferias facit, sed vocatio a forensibus negotiis & cessatio judiciorum L. 9. *de Feriis.* Id quod luculentius apparet ex L. 26. §. 7. *Ex quibus causis majores*, ubi feriæ extra ordinem ob res prospere gestas, vel in honorem principis indictæ, tunc demum excusare dicuntur, si magistratus propterea jus non dixerit. At eo, quem memoravimus, die aperta judicia fuerant. Quapropter sic pronunciatum fuit: Es hat Beklagter wider den am 27. May 1709. ertheilten Bescheid Leuterung eingewendet und vermeynet, es könne solcher Bescheid, weil er gleich an dem Tage, da die Scheiben-Könige eingeführet werden und also die feriato gegeben worden, nicht bestehen; Alldieweil aber dergleichen Solennitäten nicht alsofort für Feyertage zu halten, immassen diese letztere von niemand anders, als dem Landes-Fürsten angeordnet werden können, dahingegen solches Einführen nur privata auctoritate geschiehet; So ist selbiges Gravamen vor unerheblich zu achten.

III.

Exceptioni feriarum expresse renunciari debet. Præsumtiones & conjecturæ non sufficiunt.

Diebus feriatis, qui ob necessitates hominum indulgentur, non etiam iis, qui in honorem Dei instituti sunt, renunciare Gregorius IX. Pontifex in *c.* 5. *X. de Feriis* permittit. At istiusmodi renunciatio claris verbis vel factis declaranda est, cum solæ ad eam conjecturæ non sufficiant. Cum enim renunciationes juri contrariæ sint, non facile præsumuntur, sed evidenter probari debent. Vide L. 4. §. 4.

Si

Si quis cautionibus. Fac ergo, quem paulo ante messium ferias ad judicem venire, atque, ut causa sua sine omni mora ventiletur & brevis terminus præfigatur, er solle die Sache beschleunigen und einen kurzen Termin ansetzen, petere. An is exceptioni feriarum renunciavit? Negarunt JCti Vitembergenses mense Octobri anni CIↃ IↃ CCIX. & impune illum, cum ad diem in tempora messis incidentem vocatus esset, non comparuisse, responderunt. Vide *Andr. Dalnerum de Variorum jurium renunciationibus c.* 1. *n.* 55. *usque ad finem;* imprimis *n.* 86. ubi: *Renunciatio*, inquit, *facta non censetur, nisi necessario ex actu inferri possit, seu expresse constet.* Et quamvis idem *Dalnerus c.* 3. *n.* 12. asserat, illum feriis renunciare, qui earum tempore sententiam ferri postulat; hæc tamen opinio, nisi recte explicetur, admitti nequit. Nam si ea *Dalneri* mens est illum, qui feriarum tempore judicem adit, & sententiæ publicationem petit, feriis renunciare, fallitur profecto, iisque, quæ *cap.* 1. operose adstruxit, evidenter contradicit. Neque enim inde, quod feriarum tempore hoc petiit, colligi potest, illum voluisse, ut etiam publicatio die feriato fieret. Itaque de eo potius casu intelligendus est *Dalnerus*, cum quis expresse, ut publicatio die feriato fieret, rogavit. Et, si quidem ita sensit, res omni dubio caret.

IV.

Sationis tempus inter ferias non connumeratur.

V.

Vox rusticitatis non rusticationem & agriculturæ exercitium, sed simplicitatem & ignorantiam significat.

Non pauci tempus quoque sationis inter ferias humanas connumerant, inter quos *Accursius in L.* 1. *C. de Agricolis*

colis & censitis lit. b. & Ungebauer in Tit. X. de Feriis n. 9. jam succurrunt. Nec rationibus destituntur, quæ tamen eius momenti non sunt, ut nos in eandem sententiam perducant. Etsi enim fateamur, sationem non minus necessariam esse, quam messem, attamen magnum inter utramque intercedit discrimen. Sationis tempora certa adeo atque determinata non sunt, ut non differri aliquantulum sine magno dispendio possint; quod in messe utique secus est. Deinde messium labores ampliores longe sunt totumque diem consumunt, & omnes, qui ruri degunt, occupant. At satio minore pauciorum hominum labore perficitur. Nec sola necessitas ferias facit, cum alias & stercorationem & triturationem feriis annummerari oporteret. Quod autem ad L. 1. *pr. de Feriis* attinet, quæ occupatos circa rem rusticam in forum compelli vetat, ea, ut ex primis eius verbis luculenter apparet, de messium saltem vindemiarumque tempore agit. Id tamen lubenter concedemus, judicem rustico, qui in jus vocatus sed sationis laboribus distentus emansit, veniam iudulgere & contumaciæ pœnas remittere posse, maxime si videat, tempus sationi opportunum fuisse, quod agricolæ prætermittere facile non debent. Quam sententiam contra *Lauterbachium* tuetur *Schilterus Exerc. ad π. 7. §. 17. & 27. in fin.* Congruit hoc æquitati & juris nostri dispositioni in L. 1. *C. de agricolis & censitis.* Non possumus tamen hic, quin errorem *a Schiltero* commissum coarguamus. Is enim, dum agricolæ circa sationem occupato parcendum asserit, fundamentum opinionis huius in L. 2. §. 1. *Si quis in jus vocatus* ponit, & *Lauterbachium*, qui L. 2. *C. de in jus vocatis* pro se affert, refellit. Sed in neutra lege quidquam reperitur, quod ad eam controversiam trahi queat. Namque vox rusticitatis in ambabus legibus obvia nunquam in jure nostro de rusticatione & agri-

culturæ

culturæ exercitio, ſed ſemper de ſimplicitate & ignorantia juris, hominibus agreſtibus familiari, accipitur. Teſtor eorum fidem, qui leges iſtas curatius inſpicent, vel, ſi hæ ipſis non ſatisfaciant, adiunxerint L. 1. §. 5. *de edendo & l.* 3. *C. de Defenſoribus civit.* Nec unquam apud bonos auctores vox ruſticitatis ruſticationem ſeu operam agriculturæ, ſed ſemper ſimplicitatem, &, quæ ex hac oritur, morum inconcinnitatem ſignificat. *Seneca natur. quæſt. lib.* 4. *præfat. Alius*, inquit, *ex aperto palam ruſticitate ſimulatâ, quaſi ſimplicitas illa, non ars ſit.* Deinde *Plinius lib.* 35. *cap.* 4. *Agrippa*, ait, *vir ruſticitati propior, quam deliciis.* Porro *Plinius junior lib.* 1. *ep.* 14. *Brixia*, inquit, *multum adhuc verecundiæ, multum frugalitatis, atque etiam ruſticitatis antiquæ retinet ac ſervat.* Denique *Suetonius in Cæſare cap.* 53. *Ne hoſpitem*, ait, *aut negligentiæ aut ruſticitatis videretur arguere.* Vera igitur eſt *Schilteri* ſententia, ſed quæ non ex *L.* 2. §. 1. *Si quis in jus vocatus*, verum ex æquitate & argumento L. 1. C. *de Agricolis & cenſitis* debuiſſet probari.

VI.

Debitor, certo die ad ſolvendum ſub pœna obligatus, non excuſatur, etſi dies iſte in ferias incidat.

Emtor ædium, ſe venditori pretium quarto decimo poſt contractum perfectum die ſoluturum, promiſerat, pœnamque adiecerat, ut, ſi præfinitum tempus elabi pateretur, venditio reſcinderetur. Is dies quartus decimus forte in primum paſchatos feſtum incidebat. Emtor igitur & hunc & ſequentes duos, qui etiam feriati ſunt, prætermittebat, &, lapſis demum illis, ſolutionem offerebat. Quam cum venditor recipere nollet, & ad reſcindendam venditionem ex lege commiſſoria ageret, acerrima inter utrumque

 diſpu-

erst in gegenwärtigen Proceß auszumachen ist; So wird Kläger den geforderten Vorstand der Wieder-Klage und Unkosten auf 30 Rthlr. mit Bürgen oder Pfanden zu bestellen billig angehalten. Similem in modum JCti Helmstadienses mense Junio anni CIƆ IƆ CCXII. responderunt: Es stehet Klägern die exceptio satisdationis allerdings im Wege, und mag denselben sein vermuthliches Vorgeben, daß er nehmlich actionem realem in Beklagtens Güther habe, diesemnach a satisdatione befreyet sey, nicht zu statten kommen, in Erwegung, daß, bewehrter Rechts-Lehrer Meynung nach, eine actio realis alsdenn, wenn in gegenwärtigem Proceß darüber gestritten wird, keinesweges a satisdando befreyet.

IV.

Actor a satisdando non liberatur, etsi consortem litis habeat, bona immobilia possidentem.

Sæpe plures unam actionem instituunt. Ex his aliqui bona immobilia possident, aliqui non. Cum igitur satisdatio pro reconventione & expensis exigitur, frequens quæstio oritur, an iis, qui bona nulla habent, possessio consortium ad immunitatem a satisdando prosit. Poterat aiens sententia inde defendi, quod plures litis consortes pro uno quodammodo persona habeantur. At verius est, possessionem unius litis consortis alterum onere satisdandi non levare. Namque plures litis consortes, etsi simul agant, non tamen pro se invicem obligantur, sed singuli pro parte saltem sua agunt, & pro parte etiam reconveniuntur, & partem etiam expensarum tantum ferunt. Itaque etsi unus ex illis amplissima bona possideat, ea tamen quod ad ceteros securitatem reo præstare non poterunt, cum possessor pro consortibus suis respondere non debeat, nisi pro illis expresse fideiusserit *Lib. 2. C. de Consortibus eiusdem litis.* Con-

Consentiunt nobiscum JCti Vitembergenses, qui mense Decembri anni CIↃ IↃ CCX. sic responderunt: Daß Klägere, so viel deren mit unbeweglichen Güthern nicht angesessen, den Vorstand der Wieder-Klage und Unkosten halber jeder auf 10. fl. hoch durch Bürgen oder Pfande zu bestellen schuldig.

V.

Conductores prædiorum publicorum, quos communiter Amt-Leute *vocamus, a satisdando immunes non sunt.*

Recepto judiciorum usu, qui etiam in L. 17. §. 2. *de testam. tut.* fundatus est, viri præcipuæ existimationis & honestatis, seu qui splendidiore dignitate ornati sunt, a satisdando liberantur, teste *Schiltero Ex. ad π. 7. §. 15.* Ne tamen id nimis extendatur, merito *Bergerus in Oeconomia Juris p. 1025.* hanc immunitatem restringit ad eos, quibus munere publico ornatis salaria quoque publica constituta sunt. Nam si beneficium hoc quibuslibet titulo quodam honorifico insignitis tribuas, quod nonnullos facere animadvertimus, parum securitati reorum consules. Quamobrem cum aliquando JCti Vitembergenses interrogarentur, an conductor prædii publici, quem Princeps præfecti eines Amtmanns titulo ornaverat, a satisdando immunis esset, ipsi hoc negarunt. Etsi enim, dignitatem præfecti honorificam satis esse nemo negaverit, præterquam tamen, quod, præfectis huiusmodi salaria nulla constituta, ipsorum quoque bona omnia fisco & Principi tacite obligata sunt L. 2. C. *In quibus causis pignus*, ut adeo, si mobilia tantum habeant, iis, quibus cavere debent, vix satis prospectum esse possit. Sic igitur JCti Vitembergenses mense Januario anni CIↃ IↃ CCIX. responderunt: Ob gleich Kläger vermeynet, er wäre mit Bestellung des Vorstandes pro reconventione & expensis um des

Willen zu verschonen, weil er das Amt L. im Fürstenthum S. auf 12. Jahr gepachtet, seine gesammte mobilia dahin transferiret, und einen ansehnlichen Vorschuß gethan; und aber Männer, welche in öffentlichen Ehren-Aemtern sitzen, oder mit stehenden Besoldungen versehen seynd, denen Besitzern unbeweglicher Güther in diesem Stück gleich geachtet werden. Alldieweil aber die bekannte und in gantz Teutschland eingeführte Rechts-Regel: actor non possessionatus satisdet; ohne erhebliche Ursache nicht zu restringiren, und daher Klägern der Titul und Charge eines Fürstlichen Amtmanns nicht zu statten kommen mag, in Betracht, daß er dieserhalben mit keiner stehenden Besoldung versehen, sondern nur für einen conductorem rerum fiscalium zu halten, der, weil sein Vermögen der Cammer verpfändet ist, seinen andern Privat-Gläubigern keine sattsame Sicherheit verschaffen mag; So haben wir dannenhero auf Bestellung dieses Vorstandes nicht unbillig erkannt.

VI.

Satisdatio pro reconventione & expensis in causa spolii & reliquis actionibus summariis præstanda est.

Ait *Schilterus Exerc. ad π.* 7. §. 16. secundum processum juris Saxonici cautionem ab omni non possessionato actore etiam in processu summario exigendam esse. Sed, quod ille de Saxonia tantum affirmat, rectius *Hahnius* noster *ad Wesembecium tit. Qui satisdare cogantur n* 4. verbis: *omnibus in causis* generaliter asserit, & ad provincias quoque alias Germaniæ extendit. In omnibus enim causis judicis officium est, securitati rei prospicere, ne reconventio ipsi & repetitio expensarum inanis reddatur. Ista vero quæstio aliquando singulariter mota fuit, an actor in actione spolii satisdare deberet. Recusabat hoc ille atque urgebat

gebat potissimum favorem spoliatorum, qui sine omni mora restituendi sunt. Existimavimus tamen, & in hac actione satisdationem istam exigi posse. Etsi enim restituendus sit statim spoliatus, non aliter tamen id verum est, quam si certo de spolio constet. At si causa adhuc illiquida & spolium legitime probandum est, actor non debet ea, quæ ad securitatem rei pertinent, subterfugere. Dissentit quidem a nobis *Berlichius P.* 1. *Concl.* 19. *n.* 6. sed infirmissima ratione inductus, quam jam diu explosit *Bergerus in Electis Discept. For. p.* 1786 *seqq.* Sic igitur responderunt JCti Vitembergenses mense Julio anni CIↃ IↃ CCIX: Ob gleich Kläger den von ihm gefoderten Vorstand der Wieder-Klage und Unkosten dadurch, daß solcher in actione spolii tanquam summaria nicht statt habe, abzulehnen suchet; Alldieweil aber die Bestellung des Vorstandes auch in processibus summariis, sonderlich in actione spolii vonnöthen ist; so haben wir darauf billig erkannt.

VII.

Satisdatio pro reconventione & expensis etiam in processu executivo exigitur.

Magis dubium est, utrum in processu executivo, qui omnium celerrime expediri debet, reus cautionem pro reconventione & expensis poscere queat. Sed & hic eam exigimus, tum quod, ut modo dictum fuit, in omnibus illa caussis necessaria est, tum quod natura processus executivi eam præ ceteris requirere videtur. Quum enim paratissima hic sit executio omnesque rei exceptiones, quæ modo aliquid dubii habent, differantur, necessarium utique est, reo securitatem præstare, ne reconventio, qua turbidas exceptiones suas explicare & ad liquidum deducere in posterum vult, inanis efficiatur. *Vide Martini Processum*

 tit. 13.

tit. 13. *n.* 138. *seqq.* Quapropter sic responderunt JCti Helmstadienses mense Februario anni CIƆ IƆ CCXVI: Es ist, was die gefoderte Satisdationem pro reconventione & expensis belanget, nicht ohne, daß solche in allen auch executiv-Processen, sonderlich wenn Beklagter einige wahrscheinliche Ursache anzuführen weiß, weshalben er Sicherheit verlanget, bestellet werden müsse. Und hat Kläger die dagegen angezogene Gewohnheit nicht genugsam bescheiniget.

COROLLARIA.

1 Usufructuarius a satisdando immunis non est. *L.* 15. *§.* 1. *Qui satisd. cog.* Qua lege tamen non obstante, defendemus sententiam *Schilteri Ex.* 7. §. 22. viduam scilicet nobilem, cui dotalitium constitutum est, ad satisdationem non compelli.

2 Errat *Carpzovius*, qui *lib.* 2. *Resp.* 80. existimat, eum, cui jam per sententiam cautio juratoria injuncta est, a jurejurando non liberari, etsi deinde idoneam cautionem inveniat. Quæ sententia refellitur ex *Auth. Generaliter C. de Episcopis* ibi: *se fidejussorem dare non posse.* Adde *L.* 9. *§.* 5. *in fine Qui satisd. cog.*

3 Vir potens, dummodo locuples sit, fidejussor idoneus est.

SPECIMEN XXXV.

MEDITATIONUM AD PANDECTAS

AD LIB. II. TIT. XII.

DE

F E R I I S

PUBLICE DEFENSUM

AB

HENRICO JOANNE DORGUTH,

HELMSTADIENSI.

D. IX. MART. ANNI CIƆ IƆ CCXV.

I. *Ad*

I.

Ad constitutionem feriarum expressa principis voluntas non semper requiritur, sed sufficit consuetudo.

II.

Non quævis solemnia pro feriis haberi debent, nisi judicia per illud tempus sint clausa.



onstitutionem feriarum partem maiestatis esse, atque adeo soli principi competere, nemo est, qui ignoret. De quo clarissima extat constitutio in L. 4. C. *de Feriis*, ubi feriæ a judice vel administratore Imperatoris institutæ & nomine feriarum & fructu carere jubentur. Adde *Zieglerum de Juribus majestatis lib. I. c.* 17. §. 1. At cum princeps voluntatem dupliciter, vel expresse vel tacite, declaret, feriæ etiam tacito eius consensu, per diuturnam scilicet consuetudinem constituuntur. Quæ res ideo minus dubii habet, quod & jus civile in L. 7. *pr. de Officio proconsulis* & canonicum in *c.* 2. *pr. X. de Feriis* in festorum celebratione regionum consuetudines attendere jubent. Verum exinde non consequitur, omnes ludos & solemnia, quæ ex recepto antiquo more passim in civitatibus servantur, & statis temporibus recurrunt, ferias esse. Crediderat hoc civis quidam Magdeburgensis, cuius causa mense Maio anni CIↃ IↃ CCX. in collegio JCtorum Vitembergensium examinabatur. Is ad audiendam sententiam in judicium vocatus erat, sed die, quo ex prisco more hi, qui in campo, quem vocant, Martio alios jaculando superaverunt, solemni pompa in urbem deducuntur. Igitur cum non comparuisset, sententiam interim pronunciatam ideo, quod dies publicationis in ferias incidisset, impugnabat. Urgebat illud maxime, quod supra diximus, ferias tacita

 etiam

etiam principis voluntate per diuturnam consuetudinem constitui. Existimarunt tamen dicti JCti illum solemnem incessum, qui speciem triumphi refert, ferias non esse. Non enim solemnitas sola ferias facit, sed vocatio a forensibus negotiis & cessatio judiciorum L. 9. *de Feriis*. Id quod luculentius apparet ex L. 26. §. 7. *Ex quibus caussis majores*, ubi feriæ extra ordinem ob res prospere gestas, vel in honorem principis indictæ, tunc demum excusare dicuntur, si magistratus propterea jus non dixerit. At eo, quem memoravimus, die aperta judicia fuerant. Quapropter sic pronunciatum fuit: Es hat Beklagter wider den am 27. May 1709. ertheilten Bescheid Leuterung eingewendet und vermeynet, es könne solcher Bescheid, weil er gleich an dem Tage, da die Scheiben-Könige eingeführet werden und also die feriato gegeben worden, nicht bestehen; Alldieweil aber dergleichen Solennitäten nicht alsofort für Feyertage zu halten, immassen diese letztere von niemand anders, als dem Landes-Fürsten angeordnet werden können, dahingegen solches Einführen nur privata auctoritate geschiehet; So ist selbiges Gravamen vor unerheblich zu achten.

III.

Exceptioni feriarum expresse renunciari debet. Præsumtiones & conjecturæ non sufficiunt.

Diebus feriatis, qui ob necessitates hominum indulgentur, non etiam iis, qui in honorem Dei instituti sunt, renunciare Gregorius IX. Pontifex in *c.* 5. *X. de Feriis* permittit. At istiusmodi renunciatio claris verbis vel factis declaranda est, cum solæ ad eam coniecturæ non sufficiant. Cum enim renunciationes juri contrariæ sint, non facile præsumuntur, sed evidenter probari debent. Vide L. 4. §. 4.

Si

Si quis cautionibus. Fac ergo, quem paulo ante messium ferias ad judicem venire, atque, ut causa sua sine omni mora ventiletur & brevis terminus præfigatur, er solle die Sache beschleunigen und einen kurtzen Termin ansetzen, petere. An is exceptioni feriarum renunciavit? Negarunt JCti Vitembergenses mense Octobri anni CIↃ IↃ CCIX. & impune illum, cum ad diem in tempora messis incidentem vocatus esset, non comparuisse, responderunt. Vide *Andr. Dalnerum de Variorum jurium renunciationibus c.* 1. *n.* 55. *usque ad finem,* imprimis *n.* 86. ubi: *Renunciatio*, inquit, *facta non censetur, nisi necessario ex actu inferri possit, seu expresse constet.* Et quamvis idem *Dalnerus c.* 3. *n.* 12. asserat, illum feriis renunciare, qui earum tempore sententiam ferri postulat; hæc tamen opinio, nisi recte explicetur, admitti nequit. Nam si ea *Dalneri* mens est illum, qui feriarum tempore judicem adit, & sententiæ publicationem petit, feriis renunciare, fallitur profecto, iisque, quæ *cap.* 1. operose adstruxit, evidenter contradicit. Neque enim inde, quod feriarum tempore hoc petiit, colligi potest, illum voluisse, ut etiam publicatio die feriato fieret. Itaque de eo potius casu intelligendus est *Dalnerus*, cum quis expresse, ut publicatio die feriato fieret, rogavit. Et, si quidem ita sensit, res omni dubio caret.

IV.

Sationis tempus inter ferias non connumeratur.

V.

Vox rusticitatis non rusticationem & agriculturæ exercitium, sed simplicitatem & ignorantiam significat.

Non pauci tempus quoque sationis inter ferias humanas connumerant, inter quos *Accursius in L.* 1. *C. de Agricolis*

colis & censitis lit. b. & Ungebauer in Tit. X. de Feriis n. 9. jam succurrunt. Nec rationibus destituntur, quæ tamen eius momenti non sunt, ut nos in eandem sententiam perducant. Etsi enim fateamur, sationem non minus necessariam esse, quam messem, attamen magnum inter utramque intercedit discrimen. Sationis tempora certa adeo atque determinata non sunt, ut non differri aliquantulum sine magno dispendio possint; quod in messe utique secus est. Deinde messium labores ampliores longe sunt totumque diem consumunt, & omnes, qui ruri degunt, occupant. At satio minore pauciorum hominum labore perficitur. Nec sola necessitas ferias facit, cum alias & stercorationem & triturationem feriis annummerari oporteret. Quod autem ad L. 1. *pr. de Feriis* attinet, quæ occupatos circa rem rusticam in forum compelli vetat, ea, ut ex primis eius verbis luculenter apparet, de messium saltem vindemiarumque tempore agit. Id tamen lubenter concedemus, judicem rustico, qui in jus vocatus sed sationis laboribus distentus emansit, veniam iudulgere & contumaciæ pœnas remittere posse, maxime si videat, tempus sationi opportunum fuisse, quod agricolæ prætermittere facile non debent. Quam sententiam contra *Lauterbachium* tuetur *Schilterus Exerc. ad π. 7. §. 12. & 27. in fin.* Congruit hoc æquitati & juris nostri dispositioni in L. 1. *C. de agricolis & censitis.* Non possumus tamen hic, quin errorem *a Schiltero* commissum coarguamus. Is enim, dum agricolæ circa sationem occupato parcendum asserit, fundamentum opinionis huius in L. 2. §. 1. *Si quis in jus vocatus* ponit, & *Lauterbachium*, qui L. 1. *C. de in jus vocatis* pro se affert, refellit. Sed in neutra lege quidquam reperitur, quod ad eam controversiam trahi queat. Namque vox rusticitatis in ambabus legibus obvia nunquam in jure nostro de rusticatione & agri-

culturæ

culturæ exercitio, ſed ſemper de ſimplicitate & ignorantia juris, hominibus agreſtibus familiari, accipitur. Teſtor eorum fidem, qui leges iſtas curatius inſpicent, vel, ſi hæ ipſis non ſatisfaciant, adiunxerint L. 1. §. 5. *de edendo & l.* 3. *C. de Defenſoribus civit.* Nec unquam apud bonos auctores vox ruſticitatis ruſticationem ſeu operam agriculturæ, ſed ſemper ſimplicitatem, &, quæ ex hac oritur, morum inconcinnitatem ſignificat. *Seneca natur. quæſt. lib.* 4. *præfat. Alius*, inquit, *ex aperto palam ruſticitate ſimulata, quaſi ſimplicitas illa, non ars ſit.* Deinde *Plinius lib.* 35. *cap.* 4. *Agrippa*, ait, *vir ruſticitati propior, quam deliciis.* Porro *Plinius junior lib.* 1. *ep.* 14. *Brixia*, inquit, *multum adbuc verecundiæ, multum frugalitatis, atque etiam ruſticitatis antiquæ retinet ac ſervat.* Denique *Suetonius in Cæſare cap.* 53. *Ne hoſpitem*, ait, *aut negligentiæ aut ruſticitatis videretur arguere.* Vera igitur eſt *Schilteri* ſententia, ſed quæ non ex *L.* 2. §. 1. *Si quis in jus vocatus*, verum ex æquitate & argumento L. 1. C. *de Agricolis & cenſitis* debuiſſet probari.

VI.

Debitor, certo die ad ſolvendum ſub pœna obligatus, non excuſatur, etſi dies iſte in ferias incidat.

Emtor ædium, ſe venditori pretium quarto decimo poſt contractum perfectum die ſoluturum, promiſerat, pœnamque adiecerat, ut, ſi præfinitum tempus elabi pateretur, venditio reſcinderetur. Is dies quartus decimus forte in primum paſchatos feſtum incidebat. Emtor igitur & hunc & ſequentes duos, qui etiam feriati ſunt, prætermittebat, &, lapſis demum illis, ſolutionem offerebat. Quam cum venditor recipere nollet, & ad reſcindendam venditionem ex lege commiſſoria ageret, acerrima inter utrumque

 diſpu-

disputatio oriebatur. Pro emtore sanctitas feriarum, quæ ab omni opere vacuæ esse, & secundum *L.* 11. *pr. C. de Feriis* nullis exactionum vexationibus profanari debent. *Nulla*, ut Imperatores in *d. l.* 11. §. 1. aiunt, *quemquam urgeat admonitio, respirent a controversiis ligantes, ad sese veniant adversarii non timentes* &c. Sed fortiora longe sunt, quæ pro venditore afferri possunt. Namque primum feriæ secundum *l.* 9. *de Feriis* a forensibus tantum negotiis dant vacationem & a necessitate comparendi in judicio liberant. Deinde licet lex divina ab extraiudicialibus quoque laboribus feriari jubeat, ii tamen labores omni jure eximuntur, qui sine detrimento aut periculo differri non possunt. Egregie Scævola apud *Macrobium Saturnal. lib.* 1. *c.* 16. consultus, quid feriis agi liceret, respondit, quod prætermissum noceret. Et hac ratione *l.* 1. §. 4. *de Operis novi nunc.* permittit, nunciationem novi operis, quia judicem adire non oportet, & in mora periculum est, etiam die feriato fieri. Et arbiter in feriis, si dies compromissi exitura est, sententiam dicere cogitur *l.* 13. §. 3. *l.* 36. *de Receptis, qui arbitrium.* Accedit porro quod istiusmodi solutio non magnam corporis animive intentionem requirat, sed brevi tempore & exigua opera perfici possit. Quæ autem ita comparata sunt, diebus quoque feriatis impune expediuntur. Papinianus in *L.* 11. §. 6. *At L. Jul. de adulteriis* in illos sexaginta dies, quibus accusatio de adulterio instituenda est, dies etiam feriatos computari respondet, addita ratione, quoniam de plano quoque libellus dari potest. Denique fac, solutionem die feriato fieri non debuisse. Emtor tamen nullam moræ suæ excusationem legitimam afferre poterit. Non ignorabat, ferias instare, norat, se intra quatuordecim dies ad solvendum obligatum, sciebat pœnam contractui adiectam. Cur itaque ultimum diem exspectarat, cur non ante satisfecerat creditori. Quærit Ulpianus in *l.* 2. §. 8. *Si quis*

quis cautionibus, ſi quis, cum poſſet non incidere in tempeſtatem vel in fluminis vim, ſi ante profectus eſſet, vel tempore opportuno navigaſſet, ipſe ſe arctaverit, an excuſandus ſit, negatque ei exceptionem profuturam. Idem igitur noſtro quoque caſu dicendum eſt, emtorem ſcilicet ideo, quod non ſolverit ſtatuto tempore, in moram & pœnam ei annexam incidiſſe. Similem fere noſtro caſum *Annæus Robertus Rerum judicatarum lib.* 4. *c.* 15. exhibet, ſed diverſimode decidit. Putamus tamen lectorem, collatis utrinque rationibus, facile animadverſurum, eas, quæ a nobis allatæ fuerunt, rationes longe firmiores eſſe.

VII.

Diſcrepantibus feriis, non eæ ſolum, quas judex, ſed &, quas partes celebrant, attendi debent.

Cum ſæpiſſime ob diverſitatem religionum alias ferias judex, alias actor, alias reus habeat, quæritur, quasnam ex iis attendi oporteat? Plerique fere cum *Treutlero vol.* I. *diſp.* 5. §. 9. *lit. f.* judicis ferias obſervandas eſſe putant, ducto ex *l.* 3. §. 6. *de Teſtibus* argumento, ubi judex conſuetudinem eius provinciæ, in qua judicat, reſpicere jubetur. Sed dubitamus, an hoc ad præſentem caſum accommodari poſſit, ubi non ſolemnitatum ſaltem, ſed conſcientiarum quoque ratio habenda eſt. Igitur jam diu *Bachovius ad Treutl. d. l.* verbis: *Poſtremum exiſtimo verum eſſe*; rei etiam & feriarum, quas ille colit, rationem haberi debere, monet. Sed nos, actoris & rei paria jura eſſe debere, putamus, atque adeo & judicis, & actoris & rei ferias obſervandas eſſe aſſerimus. Neque id ſolum, ſi Chriſtiani ſint, omnes, ſed &, ſi Judæi, vel Mahumedani, vel Ethnici, commerciorum cauſa per terras noſtras tranſeuntes. Humanitatis enim ratio exigit, ne cuius ſacra turbemus & conſci-

entiæ vim inferamus. Convenit hoc *legi* 13. *C. de Judæis*, ubi interdicitur, Judæum die Sabbathi aut alio tempore, quo cultus ſui reverentiam ſervat, convenire.

VIII.

Feriæ meſſium & vindemiarum in illis locis non ſunt obſervandæ, in quibus nec meſſes nec vindemiæ ſiunt.

Meſſium & vindemiarum ferias advocatis etiam & aliis, qui nec in meſſe nec vindemia occupantur, prodeſſe, communis adeo atque in foro recepta ſententia eſt, ut, etſi ea ex jure noſtro defendi vix poſſit, tamen fruſtra eam quis oppugnaturus ſit. At, quod aliqui longius progrediuntur, & cum *Scaccia de Judiciis l.* 2. *c.* 5. *n.* 145. 146. illis etiam in locis eiusmodi ferias prodeſſe dicunt, ubi nec meſſes nec vindemiæ fiunt, hoc nobis perſuadere non poſſumus. Ratio enim, ob quam feriæ iſtæ conſtitutæ ſunt, ea eſt, ne occupati circa rem ruſticam in forum compellantur & a neceſſario opere abſtrahantur *l.* 1. *pr. de Feriis*. At ea ratio in eiusmodi locis, ubi nec vinum naſcitur, nec fruges colliguntur, ceſſat. Ceſſabunt igitur & feriæ. Nec movet nos, quod *Scaccia* addit, inhabitatores tamen eiusmodi locorum occupatos eſſe, ut vinum & frumentum aliunde perquirant atque advehant. Hoc enim alio anni tempore æque commode & commodius adhuc, quam in ipſa meſſe aut vindemia, fieri poteſt.

IX.

In repentinis calamitatibus feriæ pro deprecanda Dei ira etiam ſine principis juſſu recte indicuntur.

Nos

Nos equidem illi non sumus, qui principis jura imminuere aut in dubium vocare audeamus. Hoc tamen principi nociturum non putamus, quod asserimus, posse etiam magistratum inferiorem, vocato in consilium clero, in repentinis calamitatibus jeiunia & supplicationes indicere ad implorandam Dei misericordiam, seu, ut *Annæus Robertus Rerum judicatarum lib.* 4. *c.* 15. paulo profanius loquitur, ad avertendum divini numinis furorem. Et talis supplicatio pro festo habebitur. Etsi enim *Lex* 4. C. *de Feriis* ferias, quas judex edixit, & nomine & fructu feriarum carere jubeat, tamen, ut in omnibus legibus, necessitatis casus & hic merito eximendus est. Sed ne quid sine auctoritate & exemplo statuere videamus, *Gellius Noctium Atticarum lib.* 2. *c.* 28. Romanos veteres, ait, ubi terram movisse senserant nunciatumve erat, ferias eius rei edicto imperasse, quos polluere nemini licuerit. At edicta a magistratibus etiam municipiorum proposita fuisse, quis ignorat? Adde *Macrobium lib.* 1. *Saturn. c.* 16. Clarior adhuc constitutio in *Caroli Magni & Ludovici Pii Capitularibus lib.* 1. *c.* 112. extat, cuius hæc verba sunt: *Si evenerit fames, clades, pestilentia, & inæqualitas aëris, vel alia qualiscunque tribulatio, ut non exspectetur edictum nostrum, sed statim deprecetur Dei misericordia.*

COROLLARIA.

1 Renunciatio feriarum, a procuratore sine speciali mandato facta, principali non nocet.

2 Solus princeps ferias constituit. Magistratus tamen inferior in violatores earum certam pœnam statuere potest.

3 Appellatio die feriata judici insinuari potest, arg. *L.* 11. *§.* 6. *Ad L. Juliam de adulteriis.*

SPECIMEN XXXVI. MEDITATIONVM AD PANDECTAS AD LIB. II. TIT. XIII.

DE

LIBELLO

PVBLICE DEFENSVM

A

MAXIMIL. HENR. JOSEPHO BRVNS,

HILDESIENSI.

D. VI. APRIL. ANNI CIↃ IↃ CCXIV.

I.

Causa, ob quam libellorum articulatorum usus prohibitus fuerit, investigatur.

II.

Libellum articulis, non etiam numeris distinguere, prohibitum est.



Libellum articulatum judici offerre, leges Saxonicæ prohibent in *Ord. Proc. Sax. tit.* 5. *pr.* & *P.* 1. *Constitut.* 2. Cuius prohibitionis rationem, quantacunque diligentia investigaverim, nullam tamen, quæ satisfaceret, reperire potui, præter generalem illam, quam Julianus in L. *Non omnium* 20. *de Legibus* affert. Equidem non ignoro, Doctores more suo causas sat multas conquirere, ob quas prohibitionem istam factam existiment. Sed lectorum judicium erit, an ulla ex iis sufficiat. Aliqui cum *Carpzovio P.* 1. *C.* 2. *def.* 1. ideo libellum

bellum articulatum rejici putant, quod magis involvatur, seu obscurior reddatur causæ status, quando per positiones frustulatim dilacerantur ea, quæ continua oratione proponi poterunt. At ego nullam video, quæ ex articulis proveniat, obscuritatem. Quin potius per illos brevius clariusque mens actoris proponi potest. Quia enim articuli brevitati & perspicuitati inserviunt, sapienter a maioribus nostris constitutum est, ut probatio iis includatur. Cum igitur hæc *Carpzovii* ratio non sufficiat, aliam *Martini in Processu tit.* 5. §. 1. *n.* 14. affert. Iniquum, ait, videtur, quemquam cogi de jure suo respondere ante judicium, & reum propria magis confessione, quam actoris probationibus condemnari, ut actores hac ratione faciliores & promtiores ad litem intentandam fient. Sed & huius rationis aut nullum omnino acumen est, aut tam subtile, ut a me non perspiciatur. Quæ enim, quæso, iniquitas, reum non ante, sed in judicio, seu in ipsa litis contestatione, cogi de jure suo respondere? Quæ porro iniustitia per brevius remedium veritatem confestim eruere, ut actor operosa probatione non indigeat? Quæ denique ex articulorum horum usu poterit agendi libido & multitudo litium oriri? Igitur nec hæc ratio lectori satisfaciet. Nec ceteræ, quæ ab aliis auctoribus afferuntur, meliores sunt, ut adeo, eas colligere, operæ pretium futurum non sit. Quapropter mirandum non est, libellorum articulatorum usum in toto olim Imperio, maxime in Camera eius, receptum diutissime mansisse, imo quibusdam casibus necessarium quoque fuisse. Vide *Recessum imperii Spirensem de anno* 1570. §. 88. Adde *Ord. Cam. P.* 3. *tit.* 12. §. 8. Tandem vero publica lege, quæ in *Recessu Imperii de anno* 1654. §. 34. & 64. exstat, facultas libellum articulis includendi prorsus sublata, & constitutum est, ut in posterum libelli simpliciter concipiantur. Diu causam, quæ legatos Cæsaris & Ordinum Imperii ad

novam

novam hanc legem condendam seu potius ex legibus Saxonicis desumendam impulerit, requisivi sed frustra, donec tandem in Augustini Strauchii schedas, quæ ad me hereditario jure pervenerunt, inciderem. Fuit is Principis Electoris Saxoni consiliarius intimus & ad bina Imperii comitia legatus, vir in jure tam publico quam privato versatissimus, ut a collegis suis sæpissime consuleretur & communiter Lexicon Imperii in publicis etiam, quæ adhuc hodie extant, scriptis appellaretur. Sed luculentissimum de peritia eius testimonium inde sumo, quod sub finem comitiorum, quæ anno CIↃ IↃ CLIV. celebrata sunt, cum more solito Recessus Imperii, quem vocant, conficiendus esset, ipsi hoc negotium communi collegarum consensu committeretur. Nec detrectavit onus, sed stylum suum libenter reipublicæ commodavit, istamque legem conscripsit, quæ recessus Imperii novissimus appellatur, & confusum olim Cameræ & judiciorum Germanicorum ordinem paulo ordinatiorem fecit. At quia ipse Saxo erat, legesque Saxonicas hac in parte satis accuratas esse norat, ex iis pleraque desumsit. Atque hinc est, quod plures atque integræ paginæ totidem verbis ex Jo. Georgii I. Saxonis Ordinatione processus illi, quem sæpe dixi, Recessui insertæ leguntur. Inter cetera vero capita hoc ipsum quoque de articulati libelli prohibitione ex jure Saxonico inseruit, hoc potissimum consilio, ut modus procedendi in Imperii tribunalibus minus a Saxonico discreparet, sed ab initio statim in ipsius libelli formatione conveniret. Quam legem deinde, ut primum publica facta est, ceteri quoque Principes in terris suis receperunt. Igitur articulatum libellum legibus quoque Brunsvico-Luneburgicis, Brandenburgicis, Magdeburgicis, Meclenburgicis, Prussicis & Clivensibus prohiberi videbis. Relicta tamen est in Recessu Imperii actori facultas, libellum suum certis numeris distin-

distinguendi. Quod etsi juribus Saxonico ceterisque expressum non sit, putamus tamen, ibi quoque licere debere, cum rationem, quæ hoc prohibeat, nullam videamus. JCti certe Vitembergenses mense Augusto anni cIɔ Iɔ ccx. cum libellus talis numerus distinctus a reo tanquam articulatus impugnaretur, probare eum non dubitarunt, atque ita responderunt: Es ist die von Seyfried Leopolden übergebene Klage deshalben, weil die darinnen enthaltene unterschiedene Puncte mit denen Ziffern 1, 2, 3, 4, 5. bemercket worden, pro libello articulato keines weges zu achten, in Erwegung, daß diese Puncte nicht in Fragestücken, welche eigentlich Articfel genennet werden, verfasset seynd, überdies der Reichs-Abschied, so doch expresse die articulirte Klage-Schreiben verbiethet, gleichwohl diejenigen Libelle, welche Punctenweise eingerichtet werden, zulässet.

III.

Clausula salutaris, seu imploratio officii judicis, libellis tantum primæ instantiæ, non etiam leuterationibus, supplicationibus & appellationibus subjicienda est.

Quantis elogiis prisci Doctores implorationem nobilis officii judicis, quæ libellis subjici solet, efferant, nemini incognitum est. Herbam betonicam, colyrium, clausulam salutarem passim vocant, & cuncta per eam libelli vitia sanari dicunt. At, si rem penitius consideremus, omnis virtus, quæ vulgo formulæ isti tribuitur per se jam officio judicis inest, qui, si quid a litigatoribus vel ab his, qui negotiis assistunt, minus fuerit dictum, id supplere, &, quod sciat legibus & jure publico convenire, proferre, L. *un. C. Ut, quæ desunt advocatis partium, judex suppleat*, nec non, si quis intentione vel oratione ambigua usus sit, id, quod utilius ei est, accipere debet L. 66. *de Judiciis.* Quamobrem non dissentimus a *Joanne Samuele Strykio*; qui in *dissert. de Clausula*

fula, libelli salut. omnem illam de clausula salutari doctrinam nec in jure Romano nec canonico fundamentum habere asserit. Verum tamen quia opinio de clausulæ istius necessitate a Doctoribus tantum non omnibus recepta, *Recessu Imperii de anno* 1551. §. 32. comprobata, atque usu fori stabilita est, nemini auctores erimus, ut eam omittendo periculum iniquioris sententiæ subeat. Quin imo leges nonnullæ provinciales, ut Brunsvicenses, Vismarienses & Pomeranicæ clare præcipiunt, ne ista clausula in libellis omittatur, atque jus Magdeburgicum mulctam quinque thalerorum in eos, qui illa non utuntur, statuit. Sed istæ leges tantum in libellis primæ instantiæ locum habere videntur, nec ad libellos leuterationis, supplicationis vel appellationis pertinent. Quippe in secunda instantia actor reusve ea omnia, quæ in prima instantia proposuerunt, repetiisse censentur, nec opus habent, ut id exprelle faciant. Quamobrem JCti Vitembergenses mense Martio anni cIↄ Iↄ ccxi. pœnam istam, Magdeburgica lege statutam, ad libellos leuterationis extendi posse negarunt: Wir seynd Klägers Suchen wegen der 5 Reichsthaler Strafe deshalben, weil die Magdeburgische Proceß-Ordnung die Implorationem officii judicis in denen Leuterungs-Schriften deutlich nicht erfordert, übergangen.

IV.

Nihil interest, quibuscunque verbis clausula salutaris libello subjiciatur.

Nunc porro investigandum est, quibus verbis clausula salutaris subjici & officium judicis implorari debeat. Formula, quam *Recessus imperii de anno* 1551. §. 32. præscribit, satis longa est: Hierüber gegründet mit Recht und Gerechtigkeit, nicht allein gebetener, sondern auch einer jeden andern rechtmäßigen Form und Gestalt, wie das von Rechtswegen am kräfftigsten beschehen soll oder mag, mitzutheilen. Aliæ leges

alias

alias formulas suppeditant. Ipsi quoque advocati admodum variant. Nonnulli verbosiores sunt atque conquisitis blanditiis animum judicis demulcere student. Vidimus, qui nobilissimum atque generosissimum excellentissimi domini judicis officium submisissime pro justitia omni meliore modo administranda implorarent. Allii breviores verborumque parci nihil amplius subjiciunt, quam, cum solita imploratione, vel, desuper implorando vel saltem, desuper &c. Ortam aliquando controversiam recordamur, an huiusmodi verba clausulæ salutaris instar esse possent. Erant, qui negarent, judicemque, nisi clarius & honorificentius compellaretur, officium suum impertiri non debere, existimarent. At nos, sufficere istiusmodi verba, rectius existimavimus, propterea, quod actor per illa satis animum suum declaret, & judex, qui per illa velit, non possit non intelligere. Accedit argumentum a clausula codicillari petitum, ad quam operosior illa formula, quam vulgus Doctorum suppeditat, necessaria non est, sed sufficit qualiscunque enixæ voluntatis declaratio. *L.* 29. §. 1. *Qui testamenta fac.* Sic igitur responderunt JCti Vitembergenses mense Martio anni CIↃ IↃ CCXI: Ob wol Beklagter, daß die übergebene Klage unförmlich, solche auch, da in derselben clausula salutaris aussen gelassen, von dem Richter nicht suppliret werden könne, vorwendet; Alldieweil aber die clausula salutaris sonder Zweifel in denen Worten, sub solita imploratione, enthalten; So mag der hierbey vorgegangene Fehler von dem Richter wegen solcher angehängten Clausul wol verbessert werden.

V.

Præparatoria & principalis actio in uno libello recte comulantur.

Maximum libellorum vitium est, inepta actionum, quæ simul consistere nequeunt, cumulatio, de qua alio

tempore plura dicendi locus erit. In præſens eam tantum quæſtionem examinabimus, an præparatoria & principalis actio ſine vitio in uno libello cumulari queant. Dubium hoc videri poterat propter L. 16. 18. & 21. *de Exceptionibus*, ubi is qui nondum diſcuſſa cauſa præparatoria, ſtatim principaliter agit, exceptione præiudicii removeri dicitur. Sed ſalva res eſt. In iſtis quippe legibus nihil amplius improbatur, quam ommiſſa prorſus actione præparatoria principalem inſtituere. Hoc nec ipſi licere putamus. Quin ne quidem cumulationem eatenus permittimus, ut ambæ iſtæ actiones uno proceſſu pertractentur. Sed cumulationem tantum ſucceſſivam, quam vocant, hic locum habere credimus, ut ſcilicet prius cauſa præparatoria excutiatur, deinde, hac finita, non opus ſit novo libello, verum ex priore illo principalis etiam cauſa definiatur. Huiusmodi cumulatio nihil abſurdi habet; atque etiam juri noſtro in L. 13. *C. de Rei vindicatione* convenire videtur. Quamobrem JCti Vitembergenſes menſe Martio anni cIↃ IↃ ccxi. I. C. K. advocato reſponderunt, actionem de partu agnoſcendo cum hereditatis & alimentorum petitione in uno libello recte cumulari: Iſt Hanß Hauptmanns einiger Sohn, Gottlob Hauptmann, 10. Tage nach öffentlich gehaltenen Verlöbniß mit Marien Müllerin verſtorben, hat ſeine Erbſchaft auf obgemeldeten ſeinen Vater verfället. Es wird aber dieſer anjetzo von der verlobten Müllerin wegen eines zu Ende des ſiebenden Monats nach gehaltener Verlöbniß gebohrnen Sohnes, welchen ſie von ihrem verſtorbenen Bräutigam zu haben vorgiebt, in Anſpruch genommen; Da denn der Herr, ob n[illegible] die zugleich auf Ausantwortung der Erbſchaft und [illegible] des Kindes gerichtete Klage vor inept zu acht[illegible] Dingen actio præiudicialis de partu [illegible] werden ſollen, zu wiſſen verlanget [illegible] cher die Erbſchaft ſeines verſto[illegible]

tation ſuchet, zuförderſt, daß er wahrhaftig des Verſtorbenen Sohn ſeyn, beyzubringen ſchuldig, und wenn er, ohne ſolches vorhero darzuthun, alſofort auf Ausantwortung der Erbſchaft oder Reichung der Alimenten Klage erhebet, billig mit der exceptione præjudicii abgewieſen wird; Dieweil aber dennoch derjenige, welchem zwey unterſchiedene actiones, davon eine præparatoria der andern iſt, zuſtehen, ſolche gantz wol in einem Libell ſucceſſive cumuliren mag, dergeſtalt, daß zwar zuförderſt die, ſo der andern den Weg bahnet, ausgemachet, nachgehends aber auch über der letzteren geſprochen werden muß: welches denn die Klägerin in gegenwärtigem Fall in acht genommen, indem ſie nicht alſofort die Ausantwortung der Erbſchaft oder Alimentation ſuchet, ſondern gleich Anfangs ihr Fundament auf die Verlöbnis und Schwängerung ſetzet, alſo actionem de partu agnoſcendo deutlich anſtellen, und derſelben hereditatis und alimentorum petitionem anhänget; So mag die übergebene Klage als inept nicht verworfen werden.

VI.

Ut actor circumſtantias loci, temp[illegible]ris &c. in cauſis civili[illegible] [illegible]primat, nec[illegible] non eſt.

[illegible]x be-
[illegible]ne ali-

Equidem in cauſis crimina[illegible]umſtantias [illegible]tia, ſeu loci & temporis exprim[illegible]uſatori [illegible]iusmodi libellum ſuum tanquam ge[illegible]x ob[illegible] judice ex L. 3. *pr. de Accuſationibus* [illegible] Fac enim, civilibus, quæ ſcilicet ex [illegible] ſuo docu- ut furti, iniuri[illegible] id[illegible] ipſi facta Hoc vero i[illegible] in Medita- quæ[illegible]re queat li- [illegible]que ita re- [illegible]artio anni [illegible]nach Anwei- [illegible] den verſchrie-

[illegible] benen

tiis pendere, adeoque iniquum esse, ut per omissionem illarum conditio sua deterior reddatur. Verum cum nec actori, qui sæpe circumstantias facti tam accurate scire nequit, nimium onus imponendum sit, atque defensio, omissis licet circumstantiis, reo interclusa non sit, præterea jura nostra tantum in criminalibus & famosis causis circumstantias adjici jubeant, & per hanc exceptionem regulam, quod scilicet in aliis causis civilibus id necessarium non sit, firment, nos libellum huiusmodi, in quo circumstantiæ loci, temporis &c. omittuntur, pro generali & obscuro non habemus, dummodo ceteroquin, quid, quale, quantumque petatur, liquido appareat. Hoc solum enim leges nostræ requirunt in L. 6. *de Rei vind.* & *L.* 1. §. 40. *Depositi.* Consentiunt nobiscum *Berlich. Decisione* 97. & *Rivinus in Enunciatis juris tit.* 5. *n.* 58. Et similem in modum responderunt JCti Helmstadienses mense Augusto anni CIƆ IƆ CCXII: Ob gleich Beklagter, was die Einhebung der gemeinschaftlichen Schulden betrift, exceptionem generalis & obscuri libelli opponirt, und von wem, wenn und wie viel er gehoben, vor allen Dingen zu wissen verlanget, so erfordern doch die Rechte nirgend, daß in causis civilibus diese Umstände præcise ausgedrücket werden, da zumal dieselbe in gegenwärtiger Sache Klägern vielleicht nicht recht bekannt seynd.

COROLLARIA.

1 Actor per exceptionem non competentis actionis compelli nequit, ut nomen institutæ actionis edat, etsi *Brunnem. ad L.* 11. *de Dolo n.* 5. *in fine* ita sentiat.

2 Exceptio inepti libelli post litem contestatam amplius non auditur. Itaque non possumus assentire *Calvolo*, qui in *Prax. jud.* §. 22. *Conclus.* 1. *n.* 163. asserit, sententiam, quæ pro inepto libello lata fuit, ipso jure nullam esse.

3 Dis-

3 Dissentimus a *Mynsingero*, qui *Cent. 4. Obs. 5.* existimat, tunc, cum in Consilio Principis seu judicio supremo litigatur, exceptionem inepti libelli non attendi.

SPECIMEN XXXVII.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. II. TIT. XIII.
DE
VITIIS LIBELLI SANABILIBVS
PVBLICE DEFENSVM

A

JOANNE LVDOLPHO SCHRAVBE,

HALBERSTADIENSI.

D. XIII. APRIL. ANNI cIↃ IↃ CCXV.

I.

Libellus, quantumvis inepte conceptus, dummodo aliqua ratione salvari possit, salvandus est.

Nulla fere res est, ex qua magis peritia causidici elucere queat, quam apta libelli conceptio, quæ eodem modo, uti in opificiis certa tyrocinia sunt, documentum artis forensis appellari potest. Cavendum enim sedulo advocatis est, ne in libellis suis vel necessaria omittant, vel inutilia & nociva misceant.

ſceant. Sed in utroque graviter quotidie peccatur a rabulis, qui multitudine ſua numerum bonorum advocatorum longiſſime ſuperent, & ceu

Denſa intercipiunt muſcarum examina ſolem,

ſic infinitis erroribus Judiciorum ſplendorem obſcurant. Nos certe, quibus, dum collegiis Juridicis aſſidemus, cum nugis eorum & inneptiis aſſidue, non ſine ſtomacho tamen, luctandum eſt, bene nobiscum actum putamus, ſi ex decem libellis duo vel tres accurate & ſecundum regulas prudentiæ artisque noſtræ concepti offerantur. In plerisque vel deficit aliquid vel ſupereſt vel concluſio narratis non reſpondet, vel obſcuritas ubivis regnat, vel petitio prorſus inepta eſt. Huic igitur malo tam pervulgato quod remedium quæremus? Optimum profecto tolerantia erit. Nam quod aliqui eiusmodi libellos tanquam ineptos rejiciendos putant, in eo quidem facile iis aſſentiremus, niſi per hanc rejectionem clientes magis & partes litigantes quibus tamen nihil imputari poteſt punirentur, quam rabulæ iſti coercerentur. Itaque probare non poſſumus duram nimis JCtorum quorundam ſeveritatem, qui nulli peccato in libelli conceptione commiſſo veniam dant, ſed ſæpe ob verbum perperam poſitum totum libellum damnant, atque fere jus aliquod formularium in fora reducunt. Sed de his jam alio loco, ſcilicet in *Specim. V.* quod *de Origine juris* inſcribitur, *Medit.* 3. conquæſti ſumus. Id ſaltem in præſens monebimus judicem, ſi quidem boni viri officio fungi velit, debere libellum, licet incepta obſcureve conceptum, ſuſtinere, ſi modo ullo modo ſuſtineri poſſit. Niſi itaque tale vitium ſit, quod judicium prorſus nullum reddat connivendum eſt. Convenit hoc æquitati, convenit juri civili in *L.* 66. *de Judiciis & L. un. C. Ut, quæ deſunt advocatis partium, judex ſuppleat*, convenit juri canonico in *c. 6. X. de Judiciis*, convenit denique virtuti

irtuti isti, quam recepta praxis & leges recentiores clausulæ salutari, quæ libellis subjici consuevit, adscribunt. Quamobrem constituimus, in hoc specimine aliquot exempla libellorum afferre, quorum vitia, etsi manifesta satis int, tamen per indulgentiam judicis sanata fuerunt.

II.

Libellus, in quo actor unam saltem ex duabus rebus, quæ alternative debentur, petit, recte a judice emendatur & sustinetur.

Specimen plus petitionis esse, cum quis ex duabus rebus, quæ ipsi alternative debentur, unam tantum petit, ex §. 33. *I. de Actionibus* apparet. Quoniam enim debitori seu eo electionem, quæ ipsi in alternativis obligationibus competit, *c. 70. de Regulis juris in sexto*, per eiusmodi petitionem eripit, causa plus petere dicitur. Itaque huiusmodi libellus, si jus strictum spectes, rejiciendus atque actor in expensas & damna omnia condemnandus est §. 33. *I. de Actionibus*, ubi quidem pœna tripli statuitur, ea tamen ex benigna Zenonis in *l. 1. C. de Plus petition.* interpretatione aliter locum non habet, quam si quis sciens ex avaritia, seu dolo malo plus petat. Sed videamus, an non huiusmodi error, ab actore sine omni malitia commissus, a judice ex officio emendari atque libellus sustineri possit. Fac enim, actorem rem unam petere, simul vero libello suo documentum adjicere, in quo alternativa promissio ipsi facta est. Non dubitamus, quin judex per ea, quæ in Meditatione I. diximus, ex documento adiecto supplere queat libellum, reumque alternative condemnare. Atque ita responderunt JCti Vitembergenses mense Martio anni CIↃ IↃ CCXI. Es ist Beklagte in vorigem Urthel, nach Anweisung des fol. a. befindlichen Documents, entweder den verschrie-

benen Acker abzutreten, oder die dafür bezahlten 50 Rthl. nebst denen Zinsen und Unkosten zu erstatten, condemnirt worden. Hierwieder beschweret sich nun dieselbe deshalben, weil die übergebene Klage unförmlich zu seyn scheinet, indem darinnen nicht der Acker, sondern bloß die 50 Rthlr. gesuchet worden. Alldieweil aber aus dem Documente, daß Beklagte den Acker Klägern entweder abzutreten, oder die bezahlten 50 Rthlr. zu erstatten schuldig, deutlich erhellet, der auf Seiten Klägers hierbey vorgegangene Fehler aber von dem Richter wegen der angehängten clausulæ salutaris verbessert werden können; So haben wir das vorige Urthel confirmirt.

III.

Judex ex processu executivo inepte instituto ordinarium facere, atque sic libellum sustinere potest.

IV.

Ad processum executivum non sufficit instrumentum guarentigionatum, nisi ex illo omnia libelli capita probari possint.

Quam utile sit actori, processum executivum instituere, nemini incognitum esse potest. At ea ipsa utilitas multos occœcat, ut, cum requisita necessaria executivi processus deficiunt, tamen executive agant. Multos scilicet decipit vulgatum illud: ex instrumento guarentigionato executive agi potest. Itaque si modo documentum aliquod pro se habent, statim ad processum executivum confugiunt, parum soliciti, rectene hoc an perperam fiat. Non dicemus nunc de illis, qui requisita instrumenti guarentigionati non recte considerant, sed quamlibet scripturam admittunt. Horum quippe ignorantia eo minus ferenda est, quo facilius eam ex Doctoribus tantum non omnibus, qui necessarias instrumenti guarentigionati partes ad nauseam

nauseam usque inculcant, dispellere poterant. Sed in eo peritiores etiam peccare animadvertimus, quod illam præcipuam regulam non satis considerarit, quam *Bergerus in Electis executivi* §. 7. commendat, processui executivo non aliter locum esse, quam si omnia libelli capita e documento in continenti probari possint. Videlicet non sufficit instrumentum liquidissimum omnique ex parte perfectum, si una saltem circumstantia sit, quæ ad præsentem causam pertineat, & aliunde, quam ex documento, probari debeat. Nam, ut bene monet *Ludovici in Processu civili c.* 2. §. 3. jura beneficium processus executivi pro iis tantum introduxere, qui fundamentum totius intentionis suæ judici statim ab initio unoque obtuitu evidenter demonstrare possunt. Cum tamen hac in re, uti diximus, sæpe peccetur, quæritur utrum libellus, in quo executivus processus minus provide instituitur, rejici plane, an vero sustineri debeat. Quidquid alii sentiant, nos iterum hic mitiores sumus, atque, magistratum id, quod deest advocatis partium, supplere & executivum processum in ordinarium convertere debere, arbitramur. Placuit hæc benignior sententia JCtis Vitembergensibus mense Novembri anni CIↃ IↃ CCX: Instituerat nempe quis condictionem ex mutuo, &, quia documenta aliquot in manu erant, secundum indolem executivi processus confestim recognitionem illorum, & post hanc executionem petierat. Sed judex, quod requisita processus executivi abesse videret, libellum reiecerat. Tum actor, iniuriam sibi factam, ratus, leuterabat. Duo maxime urgebat, primum, condictionem ex mutuo sua natura executivam esse, deinde, capita libelli sui non omnia, præcipua tamen ex instrumentis guarentigionatis probari posse. Sed prior ratio inepta est & per se concidit, altera ex iis, quæ modo diximus, refellitur. Nihilominus tamen JCti nostri pro benignitate sua salvarunt libellum,

fula, libelli salut. omnem illam de clausula salutari doctrinam nec in jure Romano nec canonico fundamentum habere asserit. Verum tamen quia opinio de clausulæ istius necessitate a Doctoribus tantum non omnibus recepta, *Recessu Imperii de anno* 1551. §. 32. comprobata, atque usu fori stabilita est, nemini auctores erimus, ut eam omittendo periculum iniquioris sententiæ subeat. Quin imo leges nonnullæ provinciales, ut Brunsvicenses, Vismarienses & Pomeranicæ clare præcipiunt, ne ista clausula in libellis omittatur, atque jus Magdeburgicum mulctam quinque thalerorum in eos, qui illa non utuntur, statuit. Sed istæ leges tantum in libellis primæ instantiæ locum habere videntur, nec ad libellos leuterationis, supplicationis vel appellationis pertinent. Quippe in secunda instantia actor reusve ea omnia, quæ in prima instantia proposuerunt, repetiisse censentur, nec opus habent, ut id expresse faciant. Quamobrem JCti Vitembergenses mense Martio anni CIↃ IↃ CCXI. pœnam istam, Magdeburgica lege statutam, ad libellos leuterationis extendi posse negarunt: Wir seynd Klägers Suchen wegen der 5 Reichsthaler Strafe deshalben, weil die Magdeburgische Proceß-Ordnung die Implorationem officii judicis in denen Leuterungs-Schriften deutlich nicht erfordert, übergangen.

IV.

Nihil interest, quibuscunque verbis clausula salutaris libello subjiciatur.

Nunc porro investigandum est, quibus verbis clausula salutaris subjici & officium judicis implorari debeat. Formula, quam *Recessus imperii de anno* 1551. §. 32. præscribit, satis longa est: Hierüber gegründet mit Recht und Gerechtigkeit, nicht allein gebetener, sondern auch einer jeden andern rechtmäßigen Form und Gestalt, wie das von Rechtswegen am kräftigsten beschehen soll oder mag, mitzutheilen. Aliæ leges alias

alias formulas suppeditant. Ipsi quoque advocati admodum variant. Nonnulli verbosiores sunt atque conquisitis blanditiis animum judicis demulcere student. Vidimus, qui nobilissimum atque generosissimum excellentissimi domini judicis officium submisissime pro justitia omni meliore modo administranda implorarent. Allii breviores verborumque parci nihil amplius subjiciunt, quam, cum solita imploratione, vel, desuper implorando vel saltem, desuper &c. Ortam aliquando controversiam recordamur, an huiusmodi verba clausulæ salutaris instar esse possent. Erant, qui negarent, judicemque, nisi clarius & honorificentius compellaretur, officium suum impertiri non debere, existimarent. At nos, sufficere istiusmodi verba, rectius existimavimus, propterea, quod actor per illa satis animum suum declaret, & judex, qui per illa velit, non possit non intelligere. Accedit argumentum a clausula codicillari petitum, ad quam operosior illa formula, quam vulgus Doctorum suppeditat, necessaria non est, sed sufficit qualiscunque enixæ voluntatis declaratio *L. 29. §. 1. Qui testamenta fac.* Sic igitur responderunt JCti Vitembergenses mense Martio anni CIↃ IↃ CCXI: Ob wol Beklagter, daß die übergebene Klage unförmlich, solche auch, da in derselben clausula salutaris aussen gelassen, von dem Richter nicht suppliret werden könne, vorwendet; Alldieweil aber die clausula salutaris sonder Zweifel in denen Worten, sub solita imploratione, enthalten; So mag der hierbey vorgegangene Fehler von dem Richter wegen solcher angehängten Clausul wol verbessert werden.

V.

Præparatoria & principalis actio in uno libello recte comulantur.

Maximum libellorum vitium est, inepta actionum, quæ simul consistere nequeunt, cumulatio, de qua alio

tempore plura dicendi locus erit. In præsens eam tantum quæstionem examinabimus, an præparatoria & principalis actio sine vitio in uno libello comulari queant. Dubium hoc videri poterat propter L. 16. 18. & 21. *de Exceptionibus*, ubi is qui nondum discussa causa præparatoria, statim principaliter agit, exceptione præiudicii removeri dicitur. Sed salva res est. In istis quippe legibus nihil amplius improbatur, quam ommissa prorsus actione præparatoria principalem instituere. Hoc nec ipsi licere putamus. Quin ne quidem cumulationem eatenus permittimus, ut ambæ istæ actiones uno processu pertractentur. Sed cumulationem tantum successivam, quam vocant, hic locum habere credimus, ut scilicet prius causa præparatoria excutiatur, deinde, hac finita, non opus sit novo libello, verum ex priore illo principalis etiam causa definiatur. Huiusmodi cumulatio nihil absurdi habet; atque etiam juri nostro in L. 13. *C. de Rei vindicatione* convenire videtur. Quamobrem JCti Vitembergenses mense Martio anni cIↃ IↃ CCXI. I. C. K. advocato responderunt, actionem de partu agnoscendo cum hereditatis & alimentorum petitione in uno libello recte cumulari: Ist Hanß Hauptmanns einiger Sohn, Gottlob Hauptmann, 10. Tage nach öffentlich gehaltenen Verlöbniß mit Marien Müllerin verstorben, hat seine Erbschaft auf obgemeldeten seiner Vater verfället. Es wird aber dieser anjetzo von der verlobten Müllerin wegen eines zu Ende des siebenden Monats nach gehaltener Verlöbniß gebohrnen Sohnes, welchen sie von ihrem verstorbenen Bräutigam zu haben vorgiebt, in Anspruch genommen; Da denn der Herr, ob nicht die zugleich auf Ausantwortung der Erbschaft und Alimentation des Kindes gerichtete Klage vor inept zu achten, und vor allen Dingen actio præiudicialis de partu agnoscendo angestellet werden sollen, zu wissen verlanget. Ob nun wol derjenige, welcher die Erbschaft seines verstorbenen Vaters oder die Alimentation

tation suchet, zuförderst, daß er wahrhaftig des Verstorbenen Sohn seyn, beyzubringen schuldig, und wenn er, ohne solches vorhero darzuthun, alsofort auf Ausantwortung der Erbschaft oder Reichung der Alimenten Klage erhebet, billig mit der exceptione præjudicii abgewiesen wird; Dieweil aber dennoch derjenige, welchem zwey unterschiedene actiones, davon eine præparatoria der andern ist, zustehen, solche gantz wol in einem Libell successive cumuliren mag, dergestalt, daß zwar zuforderst die, so der andern den Weg bahnet, ausgemachet, nachgehends aber auch über der letzterern gesprochen werden muß: welches denn die Klägerin in gegenwärtigem Fall in acht genommen, indem sie nicht alsofort die Ausantwortung der Erbschaft oder Alimentation suchet, sondern gleich Anfangs ihr Fundament auf die Verlöbnis und Schwängerung setzet, also actionem de partu agnoscendo deutlich anstellen, und derselben hereditatis und alimentorum petitionem anhänget; So mag die übergebene Klage als inept nicht verworfen werden.

VI.

Ut actor circumstantias loci, temporis &c. in causis civilibus exprimat, necessarium non est.

Equidem in causis criminalibus circumstantias personatum, loci & temporis exprimere, accusatori iniungitur, nisi libellum suum tanquam generalem & obscurum rejici velit L. 3. *pr. de Accusationibus:* Quin etiam in nonnullis causis civilibus, quæ scilicet ex delicto descendunt & famosæ sunt, ut furti, iniuriarum, idem requiritur L. 7. *pr. de Injuriis.* Hoc vero in iis causis singulare est, nec ad alias civiles, quæ ex cotractu vel æquitate proficiscuntur, extendi debet. Equidem non infrequenter rei expressionem circumstantiarum ab actore postulant, atque propterea exceptionem generalis & obscuri libelli proponunt. Aiunt scilicet, decisionem totius causæ atque defensionem suam ex circumstan-

tiis pendere, adeoque iniquum esse, ut per omissionem illarum conditio sua deterior reddatur. Verum cum nec actori, qui sæpe circumstantias facti tam accurate scire nequit, nimium onus imponendum sit, atque defensio, omissis licet circumstantiis, reo interclusa non sit, præterea jura nostra tantum in criminalibus & famosis causis circumstantias adjici jubeant, & per hanc exceptionem regulam, quod scilicet in aliis causis civilibus id necessarium non sit, firment, nos libellum huiusmodi, in quo circumstantiæ loci, temporis &c. omittuntur, pro generali & obscuro non habemus, dummodo ceteroquin, quid, quale, quantumque petatur, liquido appareat. Hoc solum enim leges nostræ requirunt in L. 6. *de Rei vind.* & *L.* 1. §. 40. *Depositi.* Consentiunt nobiscum *Berlich. Decisione* 97. & *Rivinus in Enunciatis juris tit.* 5. *n.* 58. Et similem in modum responderunt JCti Helmstadienses mense Augusto anni CIϽ IϽ CCXII: Ob gleich Beklagter, was die Einhebung der gemeinschaftlichen Schulden betrift, exceptionem generalis & obscuri libelli opponirt, und von wem, wenn und wie viel er gehoben, vor allen Dingen zu wissen verlanget, so erfordern doch die Rechte nirgend, daß in causis civilibus diese Umstände præcise ausgedrücket werden, da zumal dieselbe in gegenwärtiger Sache Klägern vielleicht nicht recht bekannt seynd.

COROLLARIA.

1 Actor per exceptionem non competentis actionis compelli nequit, ut nomen institutæ actionis edat, etsi *Brunnem. ad L. 11. de Dolo n. 5. in fine* ita sentiat.

2 Exceptio inepti libelli post litem contestatam amplius non auditur. Itaque non possumus assentire *Calvolo*, qui in *Prax. jud. §. 22. Conclus. 1. n. 163.* asserit, sententiam, quæ pro inepto libello lata fuit, ipso jure nullam esse.

3 Dis-

3 Diffentimus a *Mynfingero*, qui *Cent.* 4. *Obf.* 5. exiftimat, tunc, cum in Confilio Principis feu judicio fupremo litigatur, exceptionem inepti libelli non attendi.

SPECIMEN XXXVII.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. II. TIT. XIII.

DE

VITIIS LIBELLI SANABILIBVS

PVBLICE DEFENSVM

A

JOANNE LVDOLPHO SCHRAVBE,

HALBERSTADIENSI.

D. XIII. APRIL. ANNI cIↃ IↃ CCXV.

I.

Libellus, quantumvis inepte conceptus, dummodo aliqua ratione falvari poffit, falvandus eft.



Nulla fere res eft, ex qua magis peritia caufidici elucere queat, quam apta libelli conceptio, quæ eodem modo, uti in opificiis certa tyrocinia funt, documentum artis forenfis appellari poteft. Cavendum enim fedulo advocatis eft, ne in libellis fuis vel neceffaria omittant, vel inutilia & nociva mifceant.

ſceant. Sed in utroque graviter quotidie peccatur a rabulis, qui multitudine ſua numerum bonorum advocatorum longiſſime ſuperent, & ceu

Denſa intercipiunt muſcarum examina ſolem,

ſic infinitis erroribus Judiciorum ſplendorem obſcurant. Nos certe, quibus, dum collegiis Juridicis aſſidemus, cum nugis eorum & inneptiis aſſidue, non ſine ſtomacho tamen, luctandum eſt, bene nobiſcum actum putamus, ſi ex decem libellis duo vel tres accurate & ſecundum regulas prudentiæ artisque noſtræ concepti offerantur. In plerisque vel deficit aliquid vel ſupereſt vel concluſio narratis non reſpondet, vel obſcuritas ubivis regnat, vel petitio prorſus inepta eſt. Huic igitur malo tam pervulgato quod remedium quæremus? Optimum profecto tolerantia erit. Nam quod aliqui eiusmodi libellos tanquam ineptos rejiciendos putant, in eo quidem facile iis aſſentiremus, niſi per hanc reiectionem clientes magis & partes litigantes quibus tamen nihil imputari poteſt punirentur, quam rabulæ iſti coercerentur. Itaque probare non poſſumus duram nimis JCtorum quorundam ſeveritatem, qui nulli peccato in libelli conceptione commiſſo veniam dant, ſed ſæpe ob verbum perperam poſitum totum libellum damnant, atque fere jus aliquod formularium in fora reducunt. Sed de his jam alio loco, ſcilicet in *Specim. V.* quod *de Origine juris* inſcribitur, *Medit.* 3. conquæſti ſumus. Id ſaltem in præſens monebimus judicem, ſi quidem boni viri officio fungi velit, debere libellum, licet incepta obſcureve conceptum, ſuſtinere, ſi modo ullo modo ſuſtineri poſſit. Niſi itaque tale vitium ſit, quod judicium prorſus nullum reddat conni vendum eſt. Convenit hoc æquitati, convenit juri civili in *L.* 66. *de Judiciis & L. un. C. Vt, quæ deſunt advocatis partium, judex ſuppleat*, convenit juri canonico in *c.* 6. *X. de Judiciis*, convenit denique

virtuti

virtuti isti, quam recepta praxis & leges recentiores clausulæ salutari, quæ libellis subjici consuevit, adscribunt. Quamobrem constituimus, in hoc specimine aliquot exempla libellorum afferre, quorum vitia, etsi manifesta satis sint, tamen per indulgentiam judicis sanata fuerunt.

II.

Libellus, in quo actor unam saltem ex duabus rebus, quæ alternative debentur, petit, recte a judice emendatur & sustinetur.

Specimen plus petitionis esse, cum quis ex duabus rebus, quæ ipsi alternative debentur, unam tantum petit, ex §. 33. *I. de Actionibus* apparet. Quoniam enim debitori seu reo electionem, quæ ipsi in alternativis obligationibus competit, *c.* 70. *de Regulis juris in sexto*, per eiusmodi petitionem eripit, causa plus petere dicitur. Itaque huiusmodi libellus, si jus strictum spectes, rejiciendus atque actor in expensas & damna omnia condemnandus est §. 33. *I. de Actionibus*, ubi quidem pœna tripli statuitur, ea tamen ex benigna Zenonis in *l.* 1. *C. de Plus petition.* interpretatione aliter locum non habet, quam si quis sciens ex avaritia, seu dolo malo plus petat. Sed videamus, an non huiusmodi error, ab actore sine omni malitia commissus, a judice ex officio emendari atque libellus sustineri possit. Fac enim, actorem rem unam petere, simul vero libello suo documentum adjicere, in quo alternativa promissio ipsi facta est. Non dubitamus, quin judex per ea, quæ in Meditatione I. diximus, ex documento adiecto supplere queat libellum, reumque alternative condemnare. Atque ita responderunt JCti Vitembergenses mense Martio anni CIↃ IↃ CCXI. Es ist Beklagte in vorigem Urthel, nach Anweisung des fol. a. befindlichen Documents, entweder den verschrie-

 benen

benen Acker abzutreten, oder die dafür bezahlten 50 Rthl. nebst denen Zinsen und Unkosten zu erstatten, condemnirt worden. Hierwieder beschweret sich nun dieselbe deßhalben, weil die übergebene Klage unförmlich zu seyn scheinet, indem darinnen nicht der Acker, sondern bloß die 50 Rthlr. gesuchet worden. Alldieweil aber aus dem Documente, daß Beklagte den Acker Klägern entweder abzutreten, oder die bezahlten 50 Rthlr. zu erstatten schuldig, deutlich erhellet, der auf Seiten Klägers hierbey vorgegangene Fehler aber von dem Richter wegen der angehängten clausulæ salutaris verbessert werden können; So haben wir das vorige Urthel confirmirt.

III.

Judex ex processu executivo inepte instituto ordinarium facere, atque sic libellum sustinere potest.

IV.

Ad processum executivum non sufficit instrumentum guarentigionatum, nisi ex illo omnia libelli capita probari possint.

Quam utile sit actori, processum executivum instituere, nemini incognitum esse potest. At ea ipsa utilitas multos occœcat, ut, cum requisita necessaria executivi processus deficiunt, tamen executive agant. Multos scilicet decipit vulgatum illud: ex instrumento guarentigionato executive agi potest. Itaque si modo documentum aliquod pro se habent, statim ad processum executivum confugiunt, parum soliciti, rectene hoc an perperam fiat. Non dicemus nunc de illis, qui requisita instrumenti guarentigionati non recte considerant, sed quamlibet scripturam admittunt. Horum quippe ignorantia eo minus ferenda est, quo facilius eam ex Doctoribus tantum non omnibus, qui necessarias instrumenti guarentigionati partes ad nauseam

nauſeam usque inculcant, dispellere poterant. Sed in eo peritiores etiam peccare animadvertimus, quod illam præcipuam regulam non ſatis conſiderant, quam *Bergerus in Electis executivi* §. 7. commendat, proceſſui executivo non aliter locum eſſe, quam ſi omnia libelli capita e documento in continenti probari poſſint. Videlicet non ſufficit inſtrumentum liquidiſſimum omnique ex parte perfectum, ſi una ſaltem circumſtantia ſit, quæ ad præſentem cauſam pertineat, & aliunde, quam ex documento, probari debeat. Nam, ut bene monet *Ludovici in Proceſſu civili c.* 2. §. 3. jura beneficium proceſſus executivi pro iis tantum introduxere, qui fundamentum totius intentionis ſuæ judici ſtatim ab initio unoque obtuitu evidenter demonſtrare poſſunt. Cum tamen hac in re, uti diximus, ſæpe peccetur, quæritur utrum libellus, in quo executivus proceſſus minus provide inſtituitur, rejici plane, an vero ſuſtineri debeat. Quidquid alii ſentiant, nos iterum hic mitiores ſumus, atque, magiſtratum id, quod deeſt advocatis partium, ſupplere & executivum proceſſum in ordinarium convertere debere, arbitramur. Placuit hæc benignior ſententia JCtis Vitembergenſibus menſe Novembri anni CIƆ IƆ CCX. Inſtituerat nempe quis condictionem ex mutuo, &, quia documenta aliquot in manu erant, ſecundum indolem executivi proceſſus confeſtim recognitionem illorum, & poſt hanc executionem petierat. Sed judex, quod requiſita proceſſus executivi abeſſe videret, libellum reiecerat. Tum actor, iniuriam ſibi factam, ratus, leuterabat. Duo maxime urgebat, primum, condictionem ex mutuo ſua natura executivam eſſe, deinde, capita libelli ſui non omnia, præcipua tamen ex inſtrumentis guarentigionatis probari poſſe. Sed prior ratio inepta eſt & per ſe concidit, altera ex iis, quæ modo diximus, refellitur. Nihilominus tamen JCti noſtri pro benignitate ſua ſalvarunt libellum,

bellum, reo pro recognitione petita litis conteſtationem iniunxerunt atque proceſſum ordinarium fecerunt, actore expenſas, quarum impendendarum occaſionem inepta petitione ſua dederat, reſtituere juſſo. Eo magis vero, ut ſic pronunciarent, movebantur, quod cauſa in Ducatu Magdeburgico agitata eſſet, ubi lege clara ſancitum eſt, ut judex propter clauſulam ſalutarem libellum ineptum ſuſtineat. Vide *Ord. Proc. Magdeb. cap.* 18. §. 1. Id quod tamen officio judicis etiam, ubi lex talis non extat, per ſe continetur. Sed adjiciemus verba ſententiæ: Nunmehr aus denen Acten und der Partheyen rechtlichen Einbringen ſo viel zu befinden, daß Beklagter nach anderweit vorhergehender Ladung auf die erhobene Klage ſich einzulaſſen, zu antworten, und den Krieg Rechtens zu befeſtigen ſchuldig, ferner darauf zu beſchehen, was recht iſt. Und bleibet es, ſo viel die Erſtattung der Unkoſten betrift, der Leuterung ungeachtet, bey dem am 23. Febr. ertheilten Beſcheide billig Cui ſententiæ hæ ſubiectæ fuerunt rationes: Es iſt in dem fol. 67. befindlichen Beſcheide, daß die Klage, immaſſen ſie angebracht, nicht ſtatt habe erkannt, und dabey das Abſehen auf die inducirten Documenta, als welche weder alle Klage-puncta in ſich begriffen, noch wegen unterſchiedener Defecte zu Anſtellung des Proceſſus-executivi genugſam ſeynd, gerichtet worden. Hierwider hat Kläger Leuterung eingewendet, und vermeynet anfänglich, es ſey actio mutui per ſe & ſuam naturam executiva, hiernächſt, und wenn gleich nicht alle Umſtände der Klage aus denen Documenten erwieſen werden können, ſo wären doch die fürnehmſten, und worauf es allhier ſonderlich ankäme, nemlich, daß Beklagter die Bezahlung der Schuld übernommen, aus denen beygelegten Handbriefen in continenti zu verificiren, müſſe dieſemnach der proceſſus executivus allhier nothwendig ſtatt finden. Alldieweil aber die Meynung, daß actio mutui, wenn ſie gleich nicht

durch-

durchgehends mit Documenten unterstützet, per se executiva sey, falsch und irrig, ferner die Documente sub C. D. E. in welchen es so wol an einem richtigen quando, als einer causa debendi ermangelt, pro guarentigionatis nicht zu achten, folglich zu Anstellung einer executivischen Klage nicht sufficient seynd, immassen auch darinnen dieses hauptsächliche und zum Grunde der Klage gesetzte factum, daß Beklagter die Bezahlung der ganzen libellirten Post übernommen, gar nicht zu befinden; So hat bey solchen Umständen unmöglich auf den Processum executivum erkannt werden mögen. Gleichwohl in Ansehung, daß die Magdeburgische Proceß-Ordnung auch einen in se ineptum libellum vi clausulæ salutaris zu sustiniren, und nicht secundum petitum, sondern secundum narrata zu erkennen anbefiehlet, so haben wir Processum ordinarium veranlasset, und die Recognition der producirten Documente bis zu Führung des Beweises ausgesetzet, wegen der Unkosten aber, weil doch Kläger solche durch sein unförmliches Libell und petitum verursachet, es bey dem Bescheide gelassen.

V.

Libellus, in quo actio instituta falso denominata est, a judice ex officio emendari debet.

VI.

Dejectus de possessione non interdictum uti possidetis, seu possessorium summariissimum, sed unde vi instituere debet.

Similem fere præcedendi errorem nunc narrabimus. Conquerebatur actor aliquis, se de possessione agri ab adversario vi deiectum ea jam per biennium caruisse, & prædonem illum toto hoc tempore fructus percepisse, nec, ut redderet, moveri posse; se itaque officium judi-

VII.

Judex actori plus, quam in libello petiit, adjudicare potest.

Clare quidem Javolenus in L. 18. *Communi dividundo*: *Ultra id*, inquit, *quod in judicium deductum est, excedere potestas judicis non potest.* Quid ad hanc legem responde- ant interpretes, anxie disquirunt. Sed nobis conciliationes eorum non satisfaciunt. Itaque alia via incedemus. Lex scilicet illa inter reliquias juris prisci formularii referenda est, quod judicis officium adeo verbis contrahentium & agentium alligabat, ut nullus fere æquitati locus relinqueretur. At cum postea necessitas illa tolleretur, maiorque libertas magistratui concederetur, regula quoque ista Javoleni sublata est. Et ne quid dubii superesset, Zeno imperator etiam constitutionem edidit, qua judici permittit, ut, si minus intentione sua complexus fuerit actor, quam ad eum pertineat, in reliquum nihilominus adversarium in eodem judicio ei condemnet. §. 34. *I. de Actionibus L.* 1. *in fin. L.* 2. §. 1. *C. de Plus petitionibus.* De qua constitutione forsan non cogitavit Tribonianus, dum jus illud antiquatum Pandectis inseruit. Nos tamen, cum casus obvenit, ut actor per errorem minus petat, in condemnatione hoc ex officio supplemus atque ita non secundum Javoleni doctrinam sed Zenonis constitutionem pronunciamus indistincte, sive errorem ipse actor correxerit, sive non dummodo errorem fuisse manifesto appareat. Et ita JCti Vitembergenses mense Novembri anni CIↃIↃCCIX. responderunt in casu, quod quis, dum annuos reditus peteret, ac, ut vocant, liquidaret, aliquot annos per incuriam omiserat: Entstehet die Frage, von welcher Zeit an die wiederkäuflichen Zinsen zu rechnen, und dem Haugwizischen Cessionario zu paßiren seynd; Ob nun wol der Cessionarius niemals

niemahls mehr als von 1669. an, liquidiret, ja der Haugwitzin Curator selbst nur so viel gefodert; dennoch aber und dieweil die gemeinen Rechte, welche demjenigen, so weniger, als ihm zukommt, fodert, auch den Ueberrest zu suchen nachlassen, und dem Richter, im Fall er dessen prætensiones wol gegründet befindet, ihm solchen in eben dem Poceß zuzuerkennen, auferlegen, dem Cessionario zu statten kommen müssen; So ist der Haugwitzische Cessionarius die wiederkäuflichen Zinsen nicht nur von dem 1669sten, sondern auch denen vorhergehenden Jahren, so viel durch richtige Quitungen nicht gemindert werden mag, zu fodern berechtiget.

COROLLARIA.

1 Recte Mevius *P. 6. Dec. 323.* asserit, pœnam tripli in plus petentes statutam adhuc in Germania locum invenire, etsi plurimi eam sublatam existiment apud *Hoppium in §. 33. I. de Actionibus.*

2 Ut sententia libello conformis sit necesse non est dummodo sit conformis actis & probatis.

3 Usuras non petitas judex adjudicare nequit.

4 Libellus, in quo liberi rem, parentibus suis debitam, proprio nomine petunt, poterit sustineri. Vide infra *Specimen LIII. de Procuratoribus, Meditat. 6.*

SPECI-

SPECIMEN XXXIIX.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. II. TIT. XIII.

DE

EDITIONE INSTRVMENTORVM

PVBLICE DEFENSVM

A

JOH. GVILIELM. WILLMANN,
WERNIGERODA - CHERVSC.

D. I. JVNII ANNI CIↃ IↃ CCXV.

I.

Judex in decernenda editione documentorum ad certas regulas adstringendus non est, sed tota hæc res ex æquitate & arbitrio eius dependet.

Maximæ sunt circa doctrinam de editione documentorum difficultates. Innumeris eam circumscripsere DD. regulis, atque his iterum tot ampliationes & limitationes subiecerunt, ut ex aliis vix extricare se possit judex. Sed non fuit ea mens priscis juris nostri conditoribus, officium judicis in decernenda editione adeo illigare; quin potius summam ei hac in parte libertatem permittere voluerunt. Apparet hoc ex *L.* 1. *C. de Edendo*, ubi Antonius Imperator actori, editionem documentorum a reo petenti, rescribit, hoc ex causa ad judicis officium pertinere. Ad *quam L.* recte *Gothofredus lit. a*: *Causæ*, inquit, *ex æquo & bono petuntur a judice.*

Editionem causæ in æquitate fundantur. Adde *Menochium de arbitra. jud. quæst. Lib.* 2. *casu* 175. *n.* 5. Poterit itaque judex, si æquitas & circumstantiæ hoc suadeant, aliquando a regulis vulgaribus recedere, & editionem præcipere illi, qui jure stricto ad eam obligatus non videbatur. Fecerunt id mense Maio anni CIↃ IↃ CC XIII. JCti Helmstadienses. Confirmarunt enim in instantia leuterationis sententiam, qua præfectus reo contra communem doctrinam, summa æquitate motus, editionem documentorum iniunxerat, atque has subiecere decisionis suæ rationes: Daß dem Beklagten editio documentorum auferleget worden, daran hat der Judex nicht unrecht gehandelt, als dessen Officio dieses lediglich anheim gestellet wird, wie denn ohnedes die gantze Doctrin de Edendo nicht sowol in jure stricto, als vielmehr in der Billigkeit, und folglich in des Richters Gutbefinden beruhet, zugeschweigen, daß auch die allhier befindliche und von Klägern angeführte Ursachen den Richter zu solchem Erkänntniß zu bewegen schon genugsam seynd.

II.

Judex editionem instrumentorum, licet a parte non petitam, decernere potest.

Recens hæc controversia est agitata mense Aprili anni CIↃ IↃ CC XV. Scilicet in lite, quæ super decimis orta erat, difficili admodum & intricata, judex, cum aliud remedium commode eam sopiendi non videret, actori editionem documentorum veterum iniunxerat. Quam sententiam tanquam nullam actor ex eo potissimum capite impugnabat, quod negabat, eam petitis adversarii conformem esse. At JCti Helmstadienses, quibus judex ille nihil iniqui decrevisse visus est, confirmarunt illud decretum atque ita responderunt: Daß die materia editionis lediglich auf die Aequi-

Aequität ankommt, und von dem Richter, der sich diesfalls an keine gewisse Regeln bindet, ex officio auferleget werden mag. Convenit scilicet hoc ei, quam *in præcedente Meditatione* mevoravimus, *Legi* 1. *C. de Edendo.* Accedit, quod judex, qui secundum *c.* 10. *de Fide Instrumentorum* usque ad prolationem sententiæ universa rimari debet, etiam post conclusionem causæ a partibus factam, si quidem quid deficere animadvertat, ex quo causæ decisio pendet, pronunciare possit, ut id suppleatur & actis inseratur, teste *Gailio Lib.* 1. *Obs.* 107. *n.* 5.

III.

Is, qui ab altero editionem documenti petit, non probare debet, eum id possidere, sed sufficit, ut saltem aliquam leviorem præsumtionem afferat, vel etiam sine omni præsumtione jusiurandum ei deferat.

IV.

Deferens tamen jusiurandum adhuc hodie de calumnia jurare debet.

In eo quidem consentiunt omnes, non posse quem ab altero editionem documenti petere, nisi simul ostendat, exstare tale documentum, & ab hoc, qui edere debet, possideri. Sed ostendere tantum debet, non probare. Igitur judex decernere potest editionem, si modo petens aliquam non improbabilem rationem attulit, ex qua levior suspicio oriatur, alterum possidere. Quod eleganter explicat *Ruland de Commissariis P.* 2. *Lib.* 5. *c.*21. *n.*3. simulque communem errorem advocatorum, operosam probationem a petente exigentium, refellit. Atque in hanc sententiam JCti Helmstadienses mense Junio anni CIↃIↃCCXII. responderunt:

benen Acker abzutreten, oder die dafür bezahlten 50 Rthl. nebst denen Zinsen und Unkosten zu erstatten, condemnirt worden. Hierwieder beschweret sich nun dieselbe deshalben, weil die übergebene Klage unförmlich zu seyn scheinet, indem darinnen nicht der Acker, sondern bloß die 50 Rthlr. gesuchet worden. Alldieweil aber aus dem Documente, daß Beklagte den Acker Klägern entweder abzutreten, oder die bezahlten 50 Rthlr. zu erstatten schuldig, deutlich erhellet, der auf Seiten Klägers hierbey vorgegangene Fehler aber von dem Richter wegen der angehängten clausulæ salutaris verbessert werden können; So haben wir das vorige Urthel confirmirt.

III.

Judex ex processu executivo inepte instituto ordinarium facere, atque sic libellum sustinere potest.

IV.

Ad processum executivum non sufficit instrumentum guarentigionatum, nisi ex illo omnia libelli capita probari possint.

Quam utile sit actori, processum executivum instituere, nemini incognitum esse potest. At ea ipsa utilitas multos occæcat, ut, cum requisita necessaria executivi processus deficiunt, tamen executive agant. Multos scilicet decipit vulgatum illud: ex instrumento guarentigionato executive agi potest. Itaque si modo documentum aliquod pro se habent, statim ad processum executivum confugiunt, parum soliciti, rectene hoc an perperam fiat. Non dicemus nunc de illis, qui requisita instrumenti guarentigionati non recte considerant, sed quamlibet scripturam admittunt. Horum quippe ignorantia eo minus ferenda est, quo facilius eam ex Doctoribus tantum non omnibus, qui necessarias instrumenti guarentigionati partes ad nauseam

nauſeam usque inculcant, diſpellere poterant. Sed in eo peritiores etiam peccare animadvertimus, quod illam præcipuam regulam non ſatis conſiderant, quam *Bergerus in Electis executivi* §. 7. commendat, proceſſui executivo non aliter locum eſſe, quam ſi omnia libelli capita e documento in continenti probari poſſint. Videlicet non ſufficit inſtrumentum liquidiſſimum omnique ex parte perfectum, ſi una ſaltem circumſtantia ſit, quæ ad præſentem cauſam pertineat, & aliunde, quam ex documento, probari debeat. Nam, ut bene monet *Ludovici in Proceſſu civili c.* 2. §. 3. jura beneficium proceſſus executivi pro iis tantum introduxere, qui fundamentum totius intentionis ſuæ judici ſtatim ab initio unoque obtuitu evidenter demonſtrare poſſunt. Cum tamen hac in re, uti diximus, ſæpe peccetur, quæritur utrum libellus, in quo executivus proceſſus minus provide inſtituitur, rejici plane, an vero ſuſtineri debeat. Quidquid alii ſentiant, nos iterum hic mitiores ſumus, atque, magiſtratum id, quod deeſt advocatis partium, ſupplere & executivum proceſſum in ordinarium convertere debere, arbitramur. Placuit hæc benignior ſententia JCtis Vitembergenſibus menſe Novembri anni cIↄ Iↄ ccx: Inſtituerat nempe quis condictionem ex mutuo, &, quia documenta aliquot in manu erant, ſecundum indolem executivi proceſſus confeſtim recognitionem illorum, & poſt hanc executionem petierat. Sed judex, quod requiſita proceſſus executivi abeſſe videret, libellum reiecerat. Tum actor, iniuriam ſibi factam, ratus, leuterabat. Duo maxime urgebat, primum, condictionem ex mutuo ſua natura executivam eſſe, deinde, capita libelli ſui non omnia, præcipua tamen ex inſtrumentis guarentigionatis probari poſſe. Sed prior ratio inepta eſt & per ſe concidit, altera ex iis, quæ modo diximus, refellitur. Nihilominus tamen JCti noſtri pro benignitate ſua ſalvarunt libellum,

durchgehends mit Documenten unterstützet, per se executiva sey, falsch und irrig, ferner die Documente sub C. D. E. in welchen es so wol an einem richtigen quando, als einer causa debendi ermangelt, pro guarentigionatis nicht zu achten, folglich zu Anstellung einer executivischen Klage nicht sufficient seynd, immassen auch darinnen dieses hauptsächliche und zum Grunde der Klage gesetzte factum, daß Beklagter die Bezahlung der ganzen libellirten Post übernommen, gar nicht zu befinden; So hat bey solchen Umständen unmöglich auf den Processum executivum erkannt werden mögen. Gleichwohl in Ansehung, daß die Magdeburgische Proceß-Ordnung auch einen in se ineptum libellum vi clausulæ salutaris zu sustiniren, und nicht secundum petitum, sondern secundum narrata zu erkennen anbefiehlet, so haben wir Processum ordinarium veranlasset, und die Recognition der producirten Documente bis zu Führung des Beweises ausgesetzet, wegen der Unkosten aber, weil doch Kläger solche durch sein unförmliches Libell und petitum verursachet, es bey dem Bescheide gelassen.

V.

Libellus, in quo actio instituta falso denominata est, a judice ex officio emendari debet.

VI.

Dejectus de possessione non interdictum uti possidetis, seu possessorium summariissimum, sed unde vi instituere debet.

Similem fere præcedendi errorem nunc narrabimus. Conquerebatur actor aliquis, se de possessione agri ab adversario vi deiectum ea jam per biennium caruisse, & prædonem illum toto hoc tempore fructus percepisse, nec, ut redderet, moveri posse; se itaque officium judi-

VII.

Judex actori plus, quam in libello petiit, adjudicare potest.

Clare quidem Javolenus in L. 18. *Communi dividundo*: *Ultra id*, inquit, *quod in judicium deductum est*, *excedere potestas judicis non potest.* Quid ad hanc legem responderant interpretes, anxie disquirunt. Sed nobis conciliationes eorum non satisfaciunt. Itaque alia via incedemus. Lex scilicet illa inter reliquias juris prisci formularii referenda est, quod judicis officium adeo verbis contrahentium & agentium alligabat, ut nullus fere æquitati locus relinqueretur. At cum postea necessitas illa tolleretur, maiorque libertas magistratui concederetur, regula quoque ista Javoleni sublata est. Et ne quid dubii superesset, Zeno imperator etiam constitutionem edidit, qua judici permittit; ut, si minus intentione sua complexus fuerit actor, quam ad eum pertineat, in reliquum nihilominus adversarium in eodem judicio ei condemnet. §. 34. *I. de Actionibus L.* 1. *in fin. L.* 2. §. 1. *C. de Plus petitionibus.* De qua constitutione forsan non cogitavit Tribonianus, dum jus illud antiquatum Pandectis inseruit. Nos tamen, cum casus obvenit, ut actor per errorem minus petat, in condemnatione hoc ex officio supplemus atque ita non secundum Javoleni doctrinam sed Zenonis constitutionem pronunciamus indistincte, sive errorem ipse actor correxerit, sive non dummodo errorem fuisse manifesto appareat. Et ita JCti Vitembergenses mense Novembri anni cIↃ IↃ CCIX. responderunt in casu, quod quis, dum annuos reditus peteret, ac, ut vocant, liquidaret, aliquot annos per incuriam omiserat: Entstehet die Frage, von welcher Zeit an die wiederkäuflichen Zinsen zu rechnen, und dem Haugwizischen Cessionario zu paßiren seynd; Ob nun wol der Cessionarius niemals

niemahls mehr als von 1669. an, liquidiret, ja der Haugwizin Curator selbst nur so viel gefodert; dennoch aber und dieweil die gemeinen Rechte, welche demjenigen, so weniger, als ihm zukommt, fodert, auch den Ueberrest zu suchen nachlassen, und dem Richter, im Fall er dessen prætensiones wol gegründet befindet, ihm solchen in eben dem Poceß zuzuerkennen, auferlegen, dem Cessionario zu statten kommen müssen; So ist der Haugwizische Cessionarius die wiederkäuflichen Zinsen nicht nur von dem 1669sten, sondern auch denen vorhergehenden Jahren, so viel durch richtige Quitungen nicht gemindert werden mag, zu fodern berechtiget.

COROLLARIA.

1 Recte Mevius *P. 6. Dec. 323.* asserit, pœnam tripli in plus petentes statutam adhuc in Germania locum invenire, etsi plurimi eam sublatam existiment apud *Hoppium in §. 33. I. de Actionibus.*

2 Ut sententia libello conformis sit necesse non est dummodo sit conformis actis & probatis.

3 Usuras non petitas judex adjudicare nequit.

4 Libellus, in quo liberi rem, parentibus suis debitam, proprio nomine petunt, poterit sustineri. Vide infra *Specimen LIII. de Procuratoribus, Meditat. 6.*

SPECI-

SPECIMEN XXXIIX.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. II. TIT. XIII.

DE

EDITIONE INSTRVMENTORVM

PVBLICE DEFENSVM

A

JOH. GVILIELM. WILLMANN,
WERNIGERODA - CHERVSC.

D. I. IVNII ANNI CIↃ IↃ CCXV.

I.

Iudex in decernenda editione documentorum ad certas regulas adstringendus non est, sed tota hæc res ex æquitate & arbitrio eius dependet.



Maximæ sunt circa doctrinam de editione documentorum difficultates. Innumeris eam circumscripsere DD. regulis, atque his iterum tot ampliationes & limitationes subiecerunt, ut ex aliis vix extricare se possit iudex. Sed non fuit ea mens priscis iuris nostri conditoribus, officium iudicis in decernenda editione adeo illigare; quin potius summam ei hac in parte libertatem permittere voluerunt. Apparet hoc ex *L. 1. C. de Edendo*, ubi Antonius Imperator actori, editionem documentorum a reo petenti, rescribit, hoc ex causa ad iudicis officium pertinere. Ad *quam L.* recte *Gothofredus lit. a: Causæ*, inquit, *ex æquo & bono petuntur a iudice.*

Editionem causæ in æquitate fundantur. Adde *Menochium de arbitra. jud. quæst. Lib.* 2. *casu* 175. *n.* 5. Poterit itaque judex, si æquitas & circumstantiæ hoc suadeant, aliquando a regulis vulgaribus recedere, & editionem præcipere illi, qui jure stricto ad eam obligatus non videbatur. Fecerunt id mense Maio anni CIↃ IↃ CC XIII. JCti Helmstadienses. Confirmarunt enim in instantia leuterationis sententiam, qua præfectus reo contra communem doctrinam, summa æquitate motus, editionem documentorum iniunxerat, atque has subiecere decisionis suæ rationes: Daß dem Beklagten editio documentorum auferleget worden, daran hat der Judex nicht unrecht gehandelt, als dessen Officio dieses lediglich anheim gestellet wird, wie denn ohnedeß die gantze Doctrin de Edendo nicht sowol in jure stricto, als vielmehr in der Billigkeit, und folglich in des Richters Gutbefinden beruhet, zugeschweigen, daß auch die allhier befindliche und von Klägern angeführte Ursachen den Richter zu solchem Erkänntniß zu bewegen schon genugsam seynd.

II.

Judex editionem instrumentorum, licet a parte non petitam, decernere potest.

Recens hæc controversia est agitata mense Aprili anni CIↃ IↃ CC XV. Scilicet in lite, quæ super decimis orta erat, difficili admodum & intricata, judex, cum aliud remedium commode eam sopiendi non videret, actori editionem documentorum veterum iniunxerat. Quam sententiam tanquam nullam actor ex eo potissimum capite impugnabat, quod negabat, eam petitis adversarii conformem esse. At JCti Helmstadienses, quibus judex ille nihil iniqui decrevisse visus est, confirmarunt illud decretum atque ita responderunt: Daß die materia editionis lediglich auf die

Aequi-

Aequität ankommt, und von dem Richter, der sich diesfalls an keine gewisse Regeln bindet, ex officio auferleget werden mag. Convenit scilicet hoc ei, quam *in praecedente Meditatione* mevoravimus, *Legi* 1. C. *de Edendo.* Accedit, quod judex, qui secundum c. 10. *de Fide Instrumentorum* usque ad prolationem sententiae universa rimari debet, etiam post conclusionem causae a partibus factam, si quidem quid deficere animadvertat, ex quo causae decisio pendet, pronunciare possit, ut id suppleatur & actis inseratur, teste *Gailio Lib.* 1. *Obs.* 107. *n.* 5.

III.

Is, qui ab altero editionem documenti petit, non probare debet, eum id possidere, sed sufficit, ut saltem aliquam leviorem praesumtionem afferat, vel etiam sine omni praesumtione jusiurandum ei deferat.

IV.

Deferens tamen jusiurandum adhuc hodie de calumnia jurare debet.

In eo quidem consentiunt omnes, non posse quem ab altero editionem documenti petere, nisi simul ostendat, exstare tale documentum, & ab hoc, qui edere debet, possideri. Sed ostendere tantum debet, non probare. Igitur judex decernere potest editionem, si modo petens aliquam non improbabilem rationem attulit, ex qua levior suspicio oriatur, alterum possidere. Quod eleganter explicat *Ruland de Commissariis P.* 2. *Lib.* 5. *c.* 21. *n.* 3. simulque communem errorem advocatorum, operosam probationem a petente exigentium, refellit. Atque in hanc sententiam JCti Helmstadienses mense Junio anni CIↃIↃCCXII. responderunt:

Klägere sagen, es mangele allhier an genugsamen Beweise, daß der gefoderte Vergleich jemalen, und insonderheit bey ihnen vorhanden gewesen; Immassen der producirte Zeddel als eine von Beklagter Verfahren verfertigte Schrift, diesen nicht zu statten kommen könne, überdies nicht wahrscheinlich sey, daß, wenn dergleichen Vergleich jemalen getroffen worden, keine Nachricht davon entweder bey Beklagten selbst, oder in denen Gerichts-Büchern zu finden wäre. Wannenhero Klägere, sie mit der gesuchten Edition zu verschonen, bitten. Alldieweil aber derjenige, welcher die Edition suchet, nicht eben weitläuftig und plene zu beweisen, sondern nur einiger Massen zu bescheinigen und Vermuthung beyzubringen schuldig ist, daß ein solches Document bey dem andern befindlich, dergleichen Vermuthung denn aus der von Beklagten producirten Scriptura ihres Vorfahren wohl genommen werden mag; So haben wir Klägern die Herausgebung des Vergleichs auferleget. Quales vero præsumtiones & suspiciones requirantur ad hanc probationem, determinari nequit. Sufficiunt leviores, quæ aliquo modo judici fidem faciunt. Igitur recte *Carpzovius in Processu tit.* 14. *Art.* 4. *n.* 9. rem totam prudentis judicis arbitrio relinquit. Sic JCti Helmstadienses mense Maio anni CIↃ IↃ CC XIII. existimarunt, eum, qui a possessore fundi editionem documenti ad fundum pertinentis petit, nulla alia probatione opus habere, cum verosimillimum sit, tale documentum ab eo possideri: Es ist nicht nöthig gewesen, absonderlich zu bescheinigen, daß Kläger dergleichen Briefe besitze, indem die Vermuthung wider ihn vorhanden ist, daß er die Documenta, wodurch das Guth auf ihn oder seine Vorfahren transferiret worden, in Händen habe. Quin imo & illi, qui nullis plane probationibus & præsumtionibus instructus editionem documenti petit, remedium superest, ut scilicet jusiurandum illi deferat, teste *Berlichio P.* 1. *Concl.* 45. *n.* 79. cuius sententiam JCti Helmstadienses mense

mense Junio anni CIↃ IↃ CC XII. secuti sunt: Es stehet einem jeden auch ohne Bescheinigung frey, dem andern darüber, daß er dergleichen Document nicht habe, den Eyd zu deferiren. Necesse vero est hoc casu, ut deferens ante de calumnia juret, cum jusiurandum de calumnia instar probationis sit *L. 5. §. 2. & L. 9. §. 3. de Edendo.* Nonnulli tamen existimant, jusiurandum illud de calumnia in desuetudinem in nostro foro abiisse. Ita certe statuunt *Schilter. Ex. ad π. 7. §. 36. & Wesembecius in tit. π. de Edendo n.* 13. qui ultimus hanc rationem affert, quod non præsumi debeat calumniæ causa petere, qui petit id, quod peti lege conceditur. At hæc regula generalis esse nequit. Nam & leges in aliis causis jusiurandum alteri deferri permittunt; non tamen ex hac legis permissione deferens a suspicione & juramento calumniæ immunis est. Itaque magis assentimur *Brunnemanno ad L. 6. de Edendo n. 4. & Hahnio ad Wesembec. d. l.* verbis: *Certe in judiciis;* qui usum istius jurisiurandi adhuc super esse contendunt. Addit quidem Hahnius, Wesembecium forte de jure Saxonico intelligendum esse, quo juramenti calumniæ exactio non sit in usu. At jus Saxonicum quoque pro nobis contra Wesembecium est, ut evidenter ex *Ordinatione Processus tit.* 26. §. 2. apparet. Vt merito mireris, *Berlichium P. 1. Concl. 45. n. 5.* qui etiam usum jurisiurandi de calumnia impugnat, ex *Ordinatione Processus Saxonici* sententiam suam stabilire velle. Etsi enim *in §. 1. dicti tit.* dicatur: Kann auch derenthalben keinen sonderlichen Eyd für Gefehrde fodern: Hic tamen §. de casu loquitur, quo argumenta aliqua & præsumtiones pro se habet petens. Tunc autem nec jure civili jusiurandum calumniæ locum habuisse arbitramur.

V.

Actor compelli nequit, ut reo ante litis contestationem documenta edat.

 Con-

Contrariam sententiam, quod scilicet actor a reo ad documenta ante litis contestationem edenda compelli possit, defendunt quam plurimi, sed manifesto errore. Etsi enim in legibus Romanis nihil de tempore editionis statutum sit, leges tamen Imperii recentiores hac in parte adeo claræ sunt, ut miremur, eas a *Lauterbachio in Compendio juris pag.* 42. aliisque observatas non fuisse. Scilicet dubium omne tollit *Recessus Imperii de anno* 1654 §. 35. qui actoris arbitrio relinquit, velitne documenta statim cum ipso libello edere, an in primo termino offerre, an vero post litis contestationem producere. Electionem vero hanc, quam jura actori permittunt, reus illi auferre nequit. Deinde *in eodem Recessu* §. 37. *&* 40. nec non *in Recessu de anno* 1570 §. 89. *&* 90. & in legibus peculiaribus plerarumque provinciarum reus in primo statim termino litem sine ulla dilatione contestari jubetur, quod profecto obtentu editione contestari non potest. Sed, qui dissentiunt a nobis, obiiciunt maxime, reum ante litis contestationem deliberare debere, utrum contendere an cedere malit, atque ad hoc inspectione documentorum opus esse; præterea litis contestationem certam a reo ignaro, quid in instrumentis contineatur, fieri non posse. Verum ad deliberationem istam non plena, quæ per documentorum productionem fit, probatio, sed aliqualis informatio, ad quam exemplum libelli per *Recessum Imperii novissimum* §. 37. sufficit, requiritur. Deinde litis contestatio super factis, quorum notitiam reus non habet, etiam per verbum *nescio* recte fit. *Martini in Processu Tit.* 16. §. 1. *n.* 75. Ex his itaque rationibus JCti Helmstadienses mense Januario anni CIↃ IↃ CCXIII. sic responderunt: Es fodert Beklagter, ehe er sich einlassen will, von Klägern die Edition unterschiedener Documenten, unter dem Vorwand, daß er deren, um sich in gegenwärtiger Sache zu infor-

informiren, benöthiget, einige Rechts-Lehrer auch dem Actori die Edition zu solchem Ende vor der Krieges-Bevestigung aufle- gen; Alldieweil aber nicht vermuthlich, daß Beklagter sein eige- nes factum in so kurzer Zeit vergessen haben solte, diesemnach die geforderte Edition nur zur Verschleifung der Sache angese- hen zu seyn scheinet, hiernächst einem Kläger frey stehet, seine Documenta entweder gleich Anfangs, oder bey Führung des Beweises vorzulegen, welche Election ihm dann von Beklagten nicht genommen werden mag, ferner die Rechte schlechterdinges und ohne alle Ausnahme litem alsofort im ersten Termin zu contestiren anbefehlen, da denn Beklagter in denenjenigen Din- gen, worinnen er justam ignorantiam hat, sein Gewissen nicht beschweren darf, sondern nur per *nescio* antworten kann; So haben wir voriges Urthel bestätiget.

VI.

Procurator fisci, si contra privatum agat, ad edenda petenti reo documenta obligatur.

Acerrime super hac quæstione inter procuratorem fisci & reum, qui ad instruendam defensionem suam documentorum nonnullorum editionem petierat, disputabatur mense Maio anni CIↃ IↃ CC XI. Procurator, qui editionem detrectabat, præter privilegia fisci id imprimis urgebat, se procuratorem tantum esse, nec sibi custodiam archivi commissam, atque adeo editionem petitam in potestate sua haud esse. Sed, neglectis excusationibus his, tamen procuratorem condemnabant JCti. Nam quod ad privilegia fisci attinet, nulla nobis cognita sunt, quæ fiscum ab editione immunem præstent. Quin potius ex *l.* 6. *C. de Edendo* contrarium apparet, fiscum videlicet ab editione se liberare non posse. Deinde non infrequens est, ut is, qui ipse instrumenta non possidet, tamen ad eorum editionem condemne-

demnetur. Sic, qui ex jure sibi cesso agit, damnari potest, ut edat documenta, quæ in cedentis manibus sunt, arg. *L.* 33. §. 5. *&* *L.* 70. *de Procuratoribus.* Etsi enim ipse ea non habeat, tamen, ut bene ait *Faber in Codice L.* 2. *tit.* 1. *def.* 17. facere potest, ut cedens, qui habet & potest exhibere, ob eam causam in jus veniat, exhibiturus, aut causam dicturus, cur non debeat exhibere. Eadem ergo in procuratore fisci ratio est, ut & ille custodem archivi in judicium adducat, vel exhibiturum instrumenta vel juraturum, se nulla habere. Consentit nobis cum *Mevius P.* 3. *Decis.* 392.

VII.

Sententia judicis, qua alieni editio documenti iniungitur, tacitam alternativam continet, ut scilicet vel edat, vel juret.

Elegans exstat *Bergeri* scriptum *de Sententia tacite alternativa*, qua ostendit, cum, qui ex dispositione juris alternative obligatus est, sed per sententiam judicis saltem ad unum præstandum condemnatur, tacite tamen facultatem accipere, alterum, si malit, præstandi. Cuius asserti exempla varia affert, inter quæ §. 10. & 24. etiam memorat sententiam, qua alicui editio instrumenti imponitur. Scilicet secundum *L.* 22. *C. de Fide instrumentorum* is, a quo instrumentum exigitur, liberam facultatem habet, illud vel edendi, vel jurandi, se id nec habere, nec dolo malo possidere desiisse. Judex igitur paululum accuratus utrumque in sententia sua exprimit. Recepta itaque in judiciis formula est, qua JCti etiam nostri mense Junio anni CIↃ IↃ CCXII. usi sunt, & fere semper utuntur: Daß Impetranten den geforderten Vergleich zu ediren, oder, daß sie solchen nicht haben noch gefährlicher Weise von Handen kommen lassen, zu schwöhren schuldig. Accedit tamen interdum ut judex, omissa jurisiurandi mentione, editionem tantum imponat. Tum vero advocati appellationem vel alia remedia suspensiva interponere, &, ut

ut jurandi facultas sibi reservetur, petere solent, sed præter necessitatem, cum, ut diximus, sub nuda editionis mentione jurandi potestas tacite contineatur. Nam, ut recte *Bergerus* ait, nisi sic sententiam interpretemur, judex ad rem naturaliter impossibilem obligaret eum, qui non possidet instrumentum. Igitur JCti Helmstadienses mense Maio anni CIↃ IↃ CCXV. ad leuterationem in huiusmodi casu interpositam pronunciarunt: Was die dem Beklagten auferlegte Edition der Ehestiftung betrift, so ist zwar in dergleichen Urtheln, welche editionem documenti anbefehlen, alłezeit stillschweigend die alternativa enthalten, daß er entweder edire oder schwöre, daß er das Document weder habe, noch gefährlicher Weise von Handen kommen lassen. Wir haben aber um allen Zweifel zu heben, diesfalls eine Erklärung angehänget, und dadurch Beklagtens gravamen gehoben.

IIX.

Is, qui in Processu ex L. Diffamari provocatur, actor est, adeoque a provocante editionem documenti petere non potest.

Regula in L. 1. & *ult. C. de Edendo* proponitur: actorem a reo editionem documentorum ad causam suam pertinentium petere non posse. Quæ regula ex æquitate naturali vix sustineri potest, quippe qua is, qui se alteri quid debere scit, & documenta, ex quibus debitum hoc probari potest, detinet, eorum occultatione justam creditoris sui petitionem eludere non debet. Sed JCti sumus, quorum munus est, secundum leges non de legibus judicare. Itaque regulam istam, etsi durior videatur, in judicando observamus, nec ab ea recedimus facile, nisi singularis circumstantiarum obvenientium ratio diversum suadeat, qua de re in *Meditatione I.* diximus. Quapropter ex illa ipsa regula controversiam, quæ nobis mense Maio

anni CIↃ IↃ CCXIV. offerebatur, decidimus. Quidam scilicet possessor agri hunc vendere voluerat. Sed tertius, qui agrum istum fundi sui partem esse asserebat, venditioni intercesserat, emtorique solemniter, ne emeret, denunciaverat. Tum possessor intercedendum hunc in judicium provocabat, vt ibi vel legitimas contradictionis suæ causas doceret vel sileret in posterum. Et comparebat in judicio vocatus contradictor, sed ante omnia editionem documentorum, de fundo confectorum, flagitabat. Se enim reum & in judicium vocatum aiebat, cui ut actor documenta edat, legibus præcipitur L. 5. & 8. *C. de Edendo.* At nos pro actore potius illum habendum esse, atque adeo editionem petere non posse, arbitrati sumus. Etsi enim, quod ad ipsam provocationem, provocans quodammodo pro actore haberi possit, deinde tamen provocatus, cum actionem principalem instituit, &, quod sibi deberi putat, petit, actor efficitur. Vide *Gailium l.* 1. *O.* 9. *n.* 7. & *Bergerum in Electis processus provocatorii* §. 18. Itaque sic pronunciavimus: Was die Ausantwortung der Urkunden betrift, so vermeynet zwar Appellant, solche könne ihm, als Beklagten, nicht abgeschlagen werden; Alldieweil aber Appellant in gegenwärtiger Sache vielmehr für den Kläger zu achten, indem Appellaten denselben in der übergebenen Klage nur ad agendum, und die Ursachen, warum er den Verkauf der 2 Hufen gehindert, vorzustellen provocirt, und aber bekannten Rechtens, daß ein Kläger von Beklagten editionem documentorum nicht fodern könne; diesemnach haben wir auf Edition der begehrten Urkunden nicht sprechen mögen.

COROLLARIA.

1 In controversia, quæ Schaffhusanæ civitati cum gente Austriaca super Nellenburgicis intercedit, civis quidam Schaffhusanus Austriacis instrumenta ex Schaffhusano tabulario prodidit, per quæ Schaff-

Schaffhusani, limites suos plus justo extendisse, convinci potuerunt. Quam litem dum commemorat *Giovanni in Germania principe lib. 1. c. 3. n. 14.* quærit simul, an patriæ proditor sit, qui prodit veritatem. Quidquid alii autument, nos negantem sententiam tuebimur.

2 Regulam, quod actor reo edere debeat instrumenta, limitant communiter, nisi veritas aliter haberi possit. Sed hæc limitatio ineptissima est, uti docet *Brunnemannus ad L. 6. C. de Edendo n. 6.*

3 Sententia Mevii P. 5. *Dec. 318.* quod reus Ecclesiæ agenti documenta edere debeat, non quidem in lege, sed in æquitate fundata est, adeoque merito usu servatur. Quapropter & Ordo juridicus Helmstadiensis mense Julio anni CIƆ IƆ CCXVI. nomine Regiminis Clivensis in causa **der Evangelisch-Reformirten Gemeinde und deren Prediger zu Plettenberg** contra **Dieterich Schulten und Johann Brinckmannen** pronunciavit: **Es werden Klägern zum ordentlichen Beweis 4 Wochen** pro omni termino **anberaumet, aber Beklagte alle ihre in Händen habende Quittungen vermittelst Eydes herauszugeben angewiesen.**

4 Reus excipiendo fit actor *L. 1. de Exceptionibus* adeoque, cum de exceptionibus eius litigatur, ad edenda documenta compellitur. *Stryk in Usu moderno tit. de Edendo §. 18.* Quam doctrinam secuti JCti Helmstadienses mense Junio anni CIƆ IƆ CCXV. responderunt: **Wird gefraget, ob das ausgesprochene Urthel nicht darinn den Rechten zuwider laufe, daß der Gülde in selbigem zu Behuf ihrer vorgeschützten** Compensation **die Rechnungen zu** produciren **auferleget wird. Nun wollen zwar die Rechte den** reum **mit der** Edition **der zur Sache gehörigen Documenten verschonet wissen. Alldieweil aber einem** reo **alsdenn, wenn über dessen vorgeschützte** Exception **und die dagegen von Klägern eingewendete** replica **gestritten wird, gar wol** editio documentorum **auferleget werden mag; So ist in diesem Stück eben nichts, welches den Rechten zuwider liefe, erkannt worden.**

SPECIMEN XXXIX.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. II. TIT. XIV.
DE
PACTIS NVDIS

PVBLICE DEFENSVM
AB
HARTMANN SAMVEL KREBS,
HASSO-DARMSTADINO.
D. V. JVNII. ANNI CIↃ IↃ CCXV.

I.

Pactorum nudorum definitio investigatur.

II.

Pacta nuda differunt a tractatibus.



Quid sint pacta nuda, adhuc inter JCtos disputatur. Plerique sic definiunt: Pactum nudum est, quod in simplicibus conventionum finibus subsistit. Alii ita: Pactum nudum est duorum pluriumve in idem placitum conventio, destituta & nomine & causa. Sed hi tantum abest, ut lumen nobis afferant, ut potius rem obscuram obscuriorem reddant. Igitur de luculentiore definitione dispiciendum est. Offerre eam videtur *Maestertius de Justitia Romanorum legum lib.* 1. *dub.* 33. ubi nudum pactum definit, quod serio & deliberato animo factum non est, sed per simulationem tantum. Refutantur quidem hanc opinionem jam diu *Vinnius de Pactis c.* 5. §. 7. 8. *Cyprianus Regnerus de injust. leg. Rom. c* 2. & *Huber-*

Huberus in Prælect. ad π. tit. de Pactis §. 8. Sed ante aliquot annos sententiam novam & a Mæstertiana aliquantulum diversam tueri suscepit *Bodinus* in dissertatione, quam *Vindicias pactorum juris Romani*, *ad demonstrandum, nec hodie ex nudo pacto actionem competere*, inscripsit. Definit ibi §. 8. pactum nudum, quod sine intentione se obligandi initur, wenn die Partheyen nur blos von der Sache geredet, und ihnen einerley recht und billig gedaucht, wiewol sie sich einer gegen den andern nicht verbindlich gemacht. Nemo non intelligit, Bodinum hic per nuda pacta tractatus, uti in L. 1. §. 11. *de Extr. cognit.* vocantur, seu præfationes contractuum & pactorum, quemadmodum in L. 134. §. 1. *de Verb. Obl.* appellantur, intelligere, etsi ipse *in* §. 21. illa invicem destinguere conetur. In qua significatione si pacta nuda accipiantur, unusquisque, nec jure Romano nec hodierno ea actionem producere, largietur facillime: ut adeo non opus habuisset Bodinus *in* §. 3. lectorem, cui id persuaderet, benevolum, a præconcepta opinione satis liberatum, nec sibi solum placentem, aut aliorum auctoritatem sequentem requirere. Sed illud potissimum dubium est, an prisci JCti Romani per nuda pacta intellexerint tractatus seu sermones eiusmodi sine animo obligandi a contracturis prolatos. Hoc, in quo controversiæ cardo consistit, Bodinus leviter nimis tangit, nec argumentis, ut par est, ostendit. Nec poterat profecto ostendere, cum contrarium manifeste ex legibus appareat. Pactum scilicet, etiam nudum, secundum generalem *L.* 1. §. 1. *&* 2. *de Pactis* est duorum pluriumve in idem placitum consensus. At placitum per eandem L. 1. *pr. de Pactis* idem est, quod promissio. Ubi vero promissio adest, aderit sine dubio animus se obligandi. Deinde in L. 30. *de Usuris* civitatibus usuræ nudo pacto promissæ adjudicantur. Quod profecto, si nuda pacta tantum tractatus essent, nec

promiſſione & animo ſe obligandi conſtarent, iniquiſſimum foret. Accedit, quod eadem pacta nuda per L. 7. §. 4. *de Pactis* exceptionem producunt, quod itidem animum obligandi præſupponit. Denique *Seneca*, qui certe juris Romani ignarus non erat, *lib.* 5. *de Beneficiis c.* 21. negat, legem nos ad id præſtandum, quod alicui promiſimus, alligare. Quo loco ſine dubio de pactis nudis loquitur. Adde *Conſtantinum Harmenopulum*, qui *in Promtuario juris lib.* 1. *tit.* 9. *n.* 11. ex Merceri interpretatione: *Nudum pactum*, inquit, *eſt*, *cum non præceſſerit datio*, *ſed ſolum de dando conventum fuerit.* Ex his itaque conſtabit unicuique, nuda pacta male definiri per tractatus, qui ſine intentione ſe obligandi ineuntur. Aliam definitionem affert *Brenneyſen de utilibus pactorum juris Romani diviſionibus in foris Germaniæ c.* 2. §. 2. ubi: *Quæcunque*, ait, *conventio in certum nomen contractus non tranſit*, *nec ſtipulatione aut traditione rei firmata eſt*, *illa eſt pactum nudum.* Non diſpliceret hæc definitio, ſi modo auctor eius binas voces *contractus* & *ſtipulatione* omiſiſſet. Per priorem enim pacta legitima, quæ nomen habent, ut donatio, ad pacta nuda referuntur. Altera vero protſus ſuperflua eſt, & jam prioribus verbis continetur, cum pactum, ſtipulatione accedente, nomen habere incipiat. Definitionem vero omnium optimam *Huberus ad tit. I. de Obligationibus* §. 4. affert: *Quæcunque*, inquiens, *conventio neque certum nomen habet*, *neque in effectum cepit deduci aliqua datione vel facto*, *hæc eſt pactum nudum.* Quæ definitio & perſpicua & pro more JCtorum, qui res magis, quam verba curant, ſatis accurata, & in L. 45. *de Pactis* fundata eſt.

III.

Pactorum nudorum differentiam ab aliis conventionibus jus naturæ ignorat.

Caven-

Cavendum est sedulo iis, qui ex scholis legum Romanarum ad juris naturalis interpretationem accedunt, ne omnia ea, quæ a Priscis JCtis Romanis excogitata sunt, ad leges naturales transferant, & in illis fundamentum habere credant. Peccatum est ea in re sæpius etiam a celeberrimis JCtis. In præsens saltem de pactis dicemus. Differentia scilicet inter pacta nuda & contractus sine dubio ex legibus & institutis Romanorum tantum originem trahit, cum recta ratio eam non suppeditet, sed ex omni promissione, animo serio & deliberato facta, æqualem obligationem producat. Inventi tamen sunt, qui figmentum istud legum Romanarum ad jus naturæ traducerent, inter quos *Franciscus Connanus* memorandus est, quem *Grotius de Jure belli ac pacis l. 2. c. 11. n. 1.* & 4. optime refellit. Sed, quod mireris, ipse *Hobbesius*, qui alias lubentius a jure Romano in iis etiam capitibus, in quibus id retinere poterat, secessionem facit, hanc JCtorum divisionem inter pacta & contractus retinet, &, diversimode tamen, explicat *cap. 2. de Cive* §. 9. Respondit autem eidem *Pufendorffius de Jure naturæ & gentium l. 5. c. 2.* §. 1. qui tamen & ipse § 4. nec non *de Officio hominis & Civis l. 1. c. 15.* §. 1. divisionem inter pacta & contractus retinet, atque saltem aliter interpretatur. Verum nec hæc interpretatio in jure naturæ fundamentum habet, nec, ut *Pufendorffius* ipse *in fine utriusque loci* fatetur, usu recepta est. Verius itaque est, pacta & contractus naturaliter haud differre, & subdivisiones quoque pactorum in nuda & non nuda ad jurisprudentiam naturalem haud pertinere. Consentit nobiscum *Gribnerus in Principiis jurisprudentiæ naturalis l. 1. c. 7.* §. 4. Quod opusculum elegans est & accuratum, mereturque, ut auctor suum, quod in aliis scriptis consumit, otium illi plenius elaborando & controversiis, quas indecisas relinquit, dirimendis impendat. Unum est, quod nescimus, an satis considerarit

rarit *Gribnerus*. *Grotio* ſcilicet imputat, quod & ille naturale diſcrimen inter pacta & contractus quaerat. Memorat autem eius *lib.* 2. *c.* 12. §. 1. At nihil ibi de differentia pactorum & contractuum Grotius. Contractus ſaltem in ſimplices & compoſitos dividit, eamque diviſionem deinde in §. 4. & 5. ita explicat, ut ea rectæ rationi & juri naturæ optime conveniat. Igitur Grotio nunquam in mentem veniſſe putamus, pacta & contractus naturaliter deſtinguere, niſi forte huc trahas §. 7. ubi, actus mere beneficos contractus appellari, negat. At præterquam, quod nec tamen illos ad pacta referat, ſed ſaltem actus beneficos vocet, ſatis jam in præcedente *c.* 11. §. 1. oſtendit, nullum ſe inter pacta & contractus naturale diſcrimen agnoſcere, ſed ex omni promiſſione æqualem obligationem deducere.

IV.

Hodie omnia pacta nuda valent, eandemque vim, quam ſtipulationes in jure Romano, habent.

V.

Exæquatio pactorum nudorum cum ſtipulationibus non demum jure canonico, ſed jam jure civili recentiore facta eſt.

Omnia hodie pacta, quæ modo honeſta ſunt nec legibus interdicuntur, valere, & obligationem actionemque producere, nemo fere erit, qui inficietur. Nec *Bodinum* excipimus. Etſi enim is in diſſertatione, quam ſupra *in Meditatione I.* memoravimus, nec hodie ex nudo pacto actionem competere, aſſerat, tamen ille quod ad verba ſolum a nobis diſſentit, dum per pacta nuda non veras conventiones, ſed tractatus & deliberationes ante concluſionem fieri ſolitas intelligit. Unde vero pacta nuda hodie vim obligandi accipiant, de eo non una JCtorum ſenten-

ntentia eſt. Alii eam ex jure naturæ derivant, atque rem anc ad ſimplicitatem naturalem reductam dicunt. Alii ad us canonicum provocant, quod in *c.* 1. *&* 3. *X. de Pactis* mnia, quæ promittuntur, compleri jubet. Alii denique nores veteres Germanicos, quibus omnes pactiones validæ unt *Spec. Sax. l.* 1. *art.* 7. manſiſſe perpetuum, nec Juris omani receptioni hac in parte interruptos fuiſſe perhient. Sed parum intereſt, utrum ſubtilitatem Juris Ronani hac in parte jure naturali, an Germanico antiquo, an anonico vinci dicas. Victa certe eſt, & omnia hodie pacta onſenſu perfecta vim eandem habet, quam ſtipulationes. Negat id *Coccejus de Uſu & differentia hodierna pactorum & ſtipulationum.* At rationes, quas affert, nos a ſententia noſtra non dimovent. Nam quod *in ſectione I.* dicit: acta dari, ex quibus ne jure quidem hodierno actio oriatur; x ſequentibus apparet, cum de pactis imperfectis, in quius animus ſe obliganti defecit, loqui. At hæc pacta non unt, *arg L.* 1 *pr. &* §. 1. *de Pactis.* Quæ deinde in *ſectione II.* de cautione, quæ ſtipulationi inſit, pacto non inſit, ıſſerit, facile confidunt, ſi conſideres, jure canonico & noribus omni promiſſioni perfectæ eiuſmodi vinculum & firnamentum, quod ille cautionem vocat, acceſſiſſe. Reliquæ tredecim differentiæ quas in *ſectione III.* enumerat, adem facilitate negari poſſunt, qua ab illo afferuntur. Noſtram ſententiam ipſi Imperatores in L. 10. *C. de Contrah. ſtip. &* §. 1. *I. de verb. obl.* tuentur, ubi ad hoc, ut actus aliquis tipulationis firmitatem habeat, conſenſum ſaltem contraentium, ſeu ſenſum & conſonantem intellectum ab utraque arte deſiderant. Quibus legibus, cum nec præſentia partium, nec verba ore prolata requirantur, adducimur, ut omnem differentiam, quæ inter pacta & ſtipulationes intercesſit, non demum jure canonico, ſed ipſo jure Romano recentiore ſublatam, & leges, in quibus vis obli-

rarit *Gribnerus*. *Grotio* ſcilicet imputat, quod & ille naturale diſcrimen inter pacta & contractus quaerat. Memorat autem eius *lib.* 2. *c.* 12. §. 1. At nihil ibi de differentia pactorum & contractuum Grotius. Contractus ſaltem in ſimplices & compoſitos dividit, eamque diviſionem deinde in §. 4. & 5. ita explicat, ut ea rectæ rationi & juri naturæ optime conveniat. Igitur Grotio nunquam in mentem veniſſe putamus, pacta & contractus naturaliter deſtinguere, niſi forte huc trahas §. 7. ubi, actus mere beneficos contractus appellari, negat. At præterquam, quod nec tamen illos ad pacta referat, ſed ſaltem actus beneficos vocet, ſatis jam in præcedente *c.* 11. §. 1. oſtendit, nullum ſe inter pacta & contractus naturale diſcrimen agnoſcere, ſed ex omni promiſſione æqualem obligationem deducere.

IV.

Hodie omnia pacta nuda valent, eandemque vim, quam ſtipulationes in jure Romano, habent.

V.

Exæquatio pactorum nudorum cum ſtipulationibus non demum jure canonico, ſed jam jure civili recentiore facta eſt.

Omnia hodie pacta, quæ modo honeſta ſunt nec legibus interdicuntur, valere, & obligationem actionemque producere, nemo fere erit, qui inficietur. Nec *Bodinum* excipimus. Etſi enim is in diſſertatione, quam ſupra *in Meditatione I.* memoravimus, nec hodie ex nudo pacto actionem competere, aſſerat, tamen ille quod ad verba ſolum a nobis diſſentit, dum per pacta nuda non veras conventiones, ſed tractatus & deliberationes ante concluſionem fieri ſolitas intelligit. Unde vero pacta nuda hodie vim obligandi accipiant, de eo non una JCtorum ſenten-

sententia est. Alii eam ex jure naturæ derivant, atque rem hanc ad simplicitatem naturalem reductam dicunt. Alii ad jus canonicum provocant, quod in *c.* 1. *&* 3. *X. de Pactis* omnia, quæ promittuntur, compleri jubet. Alii denique mores veteres Germanicos, quibus omnes pactiones validæ sunt *Spec. Sax. l.* 1. *art.* 7. mansisse perpetuum, nec Juris Romani receptioni hac in parte interruptos fuisse perhibent. Sed parum interest, utrum subtilitatem Juris Romani hac in parte jure naturali, an Germanico antiquo, an canonico vinci dicas. Victa certe est, & omnia hodie pacta consensu perfecta vim eandem habet, quam stipulationes. Negat id *Coccejus de Usu & differentia hodierna pactorum & stipulationum.* At rationes, quas affert, nos a sententia nostra non dimovent. Nam quod *in sectione I.* dicit: pacta dari, ex quibus ne jure quidem hodierno actio oriatur; ex sequentibus apparet, cum de pactis imperfectis, in quibus animus se obliganti defecit, loqui. At hæc pacta non sunt, *arg. L.* 1 *pr. &* §. 1. *de Pactis.* Quæ deinde in *sectione II.* de cautione, quæ stipulationi insit, pacto non insit, differit, facile confidunt, si consideres, jure canonico & moribus omni promissioni perfectæ ejusmodi vinculum & firmamentum, quod ille cautionem vocat, accessisse. Reliquæ tredecim differentiæ quas in *sectione III.* enumerat, eadem facilitate negari possunt, qua ab illo afferuntur. Nostram sententiam ipsi Imperatores in *L.* 10. *C. de Contrah. stip. &* §. 1. *I. de verb. obl.* tuentur, ubi ad hoc, ut actus aliquis stipulationis firmitatem habeat, consensum saltem contrahentium, seu sensum & consonantem intellectum ab utraque parte desiderant. Quibus legibus, cum nec præsentia partium, nec verba ore prolata requirantur, adducimur, ut omnem differentiam, quæ inter pacta & stipulationes intercessit, non demum jure canonico, sed ipso jure Romano recentiore sublatam, & leges, in quibus vis obli-

gandi pactis nudis detrahitur, ad jus antiquatum referendas esse, credamus.

VI.

Pacta Contractuum praeparatoria, si modo consensu perfecta sunt, hodie actionem producunt.

VII.

Ex pacto de permutando actio recte instituitur.

A tractatibus seu praefationibus contractuum differunt pacta praeparatoria seu pacta de contrahendo, consensu perfecta. Haec etsi illis adhuc quid desit, ut contractus in sensu juris Romani dici nequeant, propter vim tamen pactis omnibus additam obligant hodie actionemque producunt. Negat quidem id *Lauterbachius in compendio juris tit. de Pactis*, cui tamen satis respondit *Bergerus in Resolut. legum obstant. Lauterb. p.* 77. Exemplum eiusmodi pacti praeparatorii de vendendo a JCtis Lipsiensibus pro valido declarati vide apud *Berlichium Decis.* 143. *n.* 6. Aliud multo frequentius est pactum de permutando, super cuius validitate lites non raro moventur. Scilicet in contractibus realibus, qui ad suam perfectionem rei traditionem requirunt, qualis est permutatio, jus Romanum, nullam ex nudo utriusque consensu obligationem oriri, statuit. Igitur pactum praeparatorium, e. g. de permutando, antequam ab uno contrahentium impleri coeptum sit, actionem secundum leges Romanas non producit. L. 1. §. 2. *de Rerum permut.* At jura recentiora, quae, ut *in praecedente Meditatione* diximus, omnia pacta honesta sustinent, pactum etiam eiusmodi praeparatorium, si consensus perfectus adsit, validum esse jubent. Neque videmus rationem, quae huic sententiae opponi queat, praeter auctoritatem *Carpzovii*, qui *P.* 2. *C.* 33. *def.* 23. usum juris Romani quod ad pacta praeparatoria adhuc superesse

con-

contendit, imo eo procedit, ut, permutationem ne quidem secuto ab una parte implemento confirmari, sed illum, qui accepit, nihilominus a contractu resilire posse, putet. Quæ sententia tamen regulæ, jure etiam Romano receptæ, quod nemo obligationi semel constitutæ renunciare possit L. 5. *C. de Obl. & act.* nec non *Legi* 7. §. 2. *de pactis* aperte repugnat. Sed & usus fori jamdiu a sententia Carpzovii recessit, atque actioni ex pacto de permutando institutæ locum facit, teste *Bergero de Vsu actionum P.* 1. *c.* 3. §. 3. & *Supplementorum ad Electa Discept. For. P.* 1. *p.* 93. Non desunt tamen advocati, qui obsoletam istam de infirmitate pactorum præparatoriorum opinionem subinde recoquunt, nullo, si Carpzovii auctoritatem demas, fundamento, nulla solida ratione subnixi. Quare & oleum operamque perdunt, nec victoriam obtinent, a temeritate tamen litigandi & restitutione impensarum, forsan in Carpzovii honorem plerumque liberantur. Sic JCtos Vitembergenses mense Octobri anni CIↃ IↃ CCIX. pronunciasse recordamur. Actor scilicet, reum secum pactum de permutandis invicem domibus suis iniisse, aiebat, petebatque, ut is ad implendam conventionem tradendamque domum suam compelleretur. Reus promissionem invicem factam fatebatur, sed, rem intra fines nudi pacti præparatorii substitisse, nec traditionem unquam, quæ tamen de essentia contractuum realium sit, accessisse obvertebat. Secuta est sententia: Daß Kläger dasjenige, so ihm zu erweisen auferleget, und er sich angemasset, zur Nothdurft erwiesen, derowegen Beklagter den getroffenen Tausch zu halten, und Klägern sein vertauschtes Haus gegen jenes Haus und Pertinentien, jedennoch unbeschadet der auf Lebens-Zeit von Klägern ausgezogenen Stube und Kammer, einzuräumen, hierüber demselben das erweißliche Interesse moræ zu erstatten schuldig. Quæ sententia cum a reo impugnaretur, primum a JCtis Lipsiensibus, deinde bis a Curia suprema provin-

 ciali,

ciali, denique a summo Provocationum Senatu, qui Dresdæ est, reiecta appellatione, fuit confirmata.

IIX.

Pactum nudum de tradendo, nisi traditio realis accedat, dominium non transfert.

Hi, qui possessionem in se translatam seu traditionem sibi factam probare debent, sæpe non leviter errant, dum verba in pacto vel contractu comprehensa, quibus dominus, a quo causam habent, se rem illis tradere, er verkauffe und übergebe hiermit, testatur, loco probationis allegant. Putant scilicet, subesse hoc casu traditionem aliquam, si non veram, saltem fictam, quæ vulgo longæ manus, etsi dationem de manu in manum non requirat, nudis tamen verbis non perficitur, sed actum aliquem corporalem requirit, e. g. propositionem rei tradendæ in conspectu accipientis factam huius jussu L. 79. *de Solut.* vel custodiam rei emtæ ex concessione venditoris appositam L. 51. *de Acqu. vel amit. poss.* vel demonstrationem rei tradendæ & concessionem facultatis eam occupandi L. 18. §. 2. *de Acqu. vel amit. poss.* At quod verba sola ad tradendum non sufficiant, satis patet ex L. 20 C. *de Pactis*, ubi dominia rerum pactis nudis non transferri dicuntur. Quo loco per pacta nuda omnes conventiones etiam contractus, qui cum traditione conjuncti non sunt, intelliguntur. Cui legi non abstat L. 1. §. 21. *de Adqu. vel am. poss.* in qua Paulus: *Non est*, inquit, *corpore & actu necesse apprehendere possessionem.* Ex sequentibus enim verbis apparet, eum non omnem actum corporalem excludere, sed minimum oculos, hoc est demonstrationem ex parte tradentis & obtutum ex parte accipientis, cum affectu sive animo occupandi coniunctum requirere. Quamobrem JCti Vitembergenses mense Julio anni CIƆ IƆ CCIX. responderunt, traditionem factam ex eo non

probari

probari, quod venditor emtori dixisset, se rem venditam ei cedere, & permittere, ut quandocunque luberet, illam asportari curaret: Hat Titius seine in Meissen gelegene Weine, Kraft eines aufgerichteten Instruments, an Caium käuflich überlassen, selbigem auch diese Weine abzuholen freygestellet; ist aber, ehe und bevor die Abholung geschehen mögen, von Lucio aus einem Wechsel-Brief belanget und bewogen worden, die annoch vorhandene Weine dem Lucio in solutum abzutreten, und desselben hierzu bestellten mandatario würcklich zu übergeben. Als aber nachgehends ein Concursus creditorum wider Titium entstanden, hat der ehemalige Käufer Caius arrest auf die dem Lucio in solutum überlassene Weine gesuchet. Entstehet also die Frage, welchem unter diesem beyden letztern eigentlich die Weine zukommen. Weil nun in dem Fall, wenn eine Sache ihrer zweyen verkauft wird, derjenige, welchem solche zuerst übergeben worden, dem andern, vermöge des erhaltenen dinglichen Rechtes, vorzuziehen ist, und aber allhier die Uebergabe niemals an Caium, wol aber an Lucium geschehen, gestalt dann die in dem mit Caio aufgerichteten Kauf-Contract befindlichen Worte: es sollten ihm die Weine cedirt seyn; ad translationem dominii für genugsam nicht zu achten; So kan Caius an denen dem Lucio übergebenen Weinen mit Recht nichts fodern, sondern muß sich lediglich an Titium oder dessen Vermögen halten.

COROLLARIA.

1 Recte *Wernherus P. 1. Obs. 167.* statuit, pactum de continuanda in heredes societate, quod in *35. & 59. Pro socio* improbatur, moribus Germanicis sustineri.

2 Bene *Brunnemannus ad L. 11. §. 1. de rebus creditis n. 8.* statuit pactum in mutuo, ut debitor plus reddat, quam accepit, quod jus Romanum etiam improbat, hodie valere. Modo tamen id, quod amplius promittitur, legitimam usurarum quantitatem non egrediatur.

3 Princeps pactum cum hoste initum servare debet, non vero pactum cum amico initum, si is postea hostis fiat.

SPECIMEN XL.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. II. TIT. XIV.
DE
PACTIS INVALIDIS

PVBLICE DEFENSVM

A

CONRADO NICOLAO CHAPPVZEAV,

ZELLA-LVNEBVRGICO.

D. XIX. IVNII ANNI CIↃ IↃ CCXV.

I.

Pactum, in quo nihil certi determinatur, obligationem quidem naturalem, sed non civilem producit.



Inter promissiones, quæ obligationem & actionem non producunt, primum merito locum occupat ea, in qua nihil certi determinatur. Equidem, si jus naturæ spectes, huiusmodi promissio serio facta obligatoria est, cum fundamentum obligationis, voluntas scilicet promittentis & acceptatio alterius, adsit. At jura civilia, quæ secundum *L. 6. pr. de Justitia & jure* juri naturæ per omnia non serviunt, id est, obligationibus

tionibus naturalibus non semper vim & effectum in foro humano tribuunt, hic sapientissima ratione a jure naturæ recedunt. Nam cum huiusmodi pacta incertæ pollicitationis, ut in L. 17. C. *Mandati* vocantur, frequentissime fiant, eorum vero determinatio, quæ ex circumstantiis dependet, inexplicabilem fere difficultatem habeat, futurum erat, ut, dum homines ex pactis incertis se invicem convenirent, fora huiusmodi actionibus perstreperent. Quamobrem JCtis melius visum est, implementum talis promissionis uniuscuiusque pudori relinquere, actionem vero ex ea non dare. Id quod non solum de pactis simplicibus, sed & de contractibus, qui actionem alias producunt, constituerunt. Claræ sunt ea de re *l.* 108. §. 1. *de Verb. obl. l.* 56. §. 3. *D.* & *l.* 17. *C. Mandati*. Et licet coniectura aliqua de eo, quod forsan paciscentes intellexerunt, capi possit, eius tamen, nisi evidens sit, ratio habenda non est, quia adversus stipulatorem interpretatio fieri debet, quod is, cum clarius loqui potuisset & debuisset, obscure locutus est, 94. *l.* 99. *pr. de Verb. obl.* Atque ita responderunt JCti Vitembergenses mense Novembri anni CIↃ IↃ CCIX. in casu, quo alter transigentium alteri solenni scripto promiserat, se liberorum eius aliquando rationem habiturum gratiamque illis pro accepto beneficio relaturum: Daß die bey dem zwischen Sejo und Cajo getroffenen Vergleich gebrauchten Worte; es solle Sejus vor Caji mit der Caja erzeugte zwey Kinder Consideration haben, und ihnen es wieder genießen lassen; dem Cajo oder dessen Kindern kein jus agendi geben mögen, in Erwegung, daß dergleichen zweifelhafte und auf nichts gewisses gerichtete Versprechen in denen Rechten gantz keinen Effect haben, sondern lediglich des promissoris Gutachten anheim gestellet, und von diesem auch mit einem sehr wenigen und geringen können erfüllet werden, hiernächst in gegenwärtigem Fall, daß die Partheyen ihr Absehen bey diesen Worten auf eine gewisse Summa, nemlich den

Ueber-

Ueberrest der ehemals geschenckten und cedirten Schuldsoderung, gerichtet, deutlich nicht zu befinden; und wenn gleich Caius solches darunter verstanden, ihm doch als stipulatori obgelegen hätte, bey dem diesfals Seium gethanen Antrag sich besser herauszulassen, also, und da er dieses nicht gethan, nunmehr die Erklärung wider ihn zu machen ist. Unam tamen regula hæc nostra exceptionem patitur in dote, cuius indeterminata etiam promissio actionem parit, atque pro modo facultatum patris & dignitate mariti determinari debet. L. 69. §. *de Jure dotium l. 3. C. de dotis promissione.* Sed de hac exceptione alio tempore plura dicemus.

II.

Pactum imperfectum est, ex quo promissor alteri jus agendi competere non vult.

III.

Actio non datur contra eum, qui, se non ex pacto, sed ex gratia promittere, declarat.

Promissio maxime imperfecta est, quando quis voluntatem suam de re aliqua gratuito alteri præstanda clare quidem determinat, sed simul declarat, se ita velle obligari, ut tamen alteri nullum jus competere debeat, ad eam rem exigendam. Ex cuius generis promissionibus si quæ obligatio oritur, ea saltem ex honestate & decore est, sed, qui nullam necessitatem coniunctam habet, improprie ad obligationes refertur. Is tamen, qui promissum ita non servat, aliquam existimationi suæ maculam adspergit & notam perfidiæ incurrit. Sed exempla huiusmodi pactorum videamus, quibus alteri jus agendi denegatur. Videlicet clausula hæc vel tacite & ex natura negotii promissioni inest, vel expressis verbis adjicitur.

Ad

Ad priorem casum *Pufendorffius de Jure naturæ & gentium Lib. 6. c. 5. §. 6.* recte refert pollicitationes principum virorumque potentum aut gratiosorum, quibus alicui non per verba honoris, sed serio suam commendationem, intercessionem, promotionem aut suffragium spondent; quæ tamen haud quidquam velut jure quodam abs sese volunt exigi, sed in solidum suæ humanitati ac veracitati cupiunt imputari. Talis est illa promissio, quam Tiberius Seiano apud *Tacitum annali IV. c.* 40. facit. Huc quoque pertinet, quum alicui, me eum heredem aliquando facturum, vel in testamento quid ipsi relicturum, inter familiares sermones polliceor, ex quo tamen vera obligatio non nascitur, nec jus agendi alteri datur, licet is, qui sine justa causa voluntatem hanc suam mutat, merito reprehendatur. Cuius rei elegantissima exempla apud *Valerium Maximum Lib.* 7. *c.* 8. *n.* 5. 6. exstant. Interdum vero hanc declarationem promissioni suæ expresse addit, quo pertinet exemplum *in l.* 8. *de Obligationibus & Act.* allatum, item, si quis facultatem pœnitendi sibi in promissione reservet. Atque tunc res minus dubii habet, quod scilicet promissor ex tali promissione, quæ statum, id est, firmitatem ex voluntate eius capit, conveniri nequeat. *L.* 108. §. 1. *de Verb. Obl.* Vix autem aliud illustrius huiusmodi promissionis & controversiæ super ea ortæ exemplum occurret, quam *in Instrumento Pacis Westphalicæ Art. V.* §. 39. cuius hæc verba sunt: *Quod ad Comites, Barones, nobiles eorumque subditos in reliquis Silesiæ ducatibus, qui immediate ad Cameram Regiam spectant, tum etiam de præsenti in Austria inferiori degentes Comites, Barones & Nobiles attinet, quamvis Cæsareæ Maiestati jus reformandi exercitium religionis non minus, quam aliis regibus & principibus, competat, tamen non quidem ex pacto, sed ad interventionem Regiæ Maiestatis Sueciæ, & in gratiam intercedentium Augustanæ Confessionis Statuum, permittit, ut eius-*

modi Comites, Barones, & Nobiles illorumque subditi ob professionem Augustanæ Confessionis loco aut bonis cedere aut emigrare non teneantur &c. Non parum nostris temporibus super interpretatione horum verborum disputatum est inter eruditos. Silesii, quorum causam etiam tuetur *Henninges in Meditat. ad Instrum. Pacis Spec. IV.* urgent, gratiam, quæ publicis tabulis promittatur, omnino obligatoriam fieri, nihilque inter pacta & eius generis gratiam re vera interesse; Lenioribus verbis pacificatores uti voluisse, ne videretur Cæsar a subiectis ad hæc coactus esse invitus. Contra *Buckisch in Commentario ad eundem* §. aliique, gratiam Imperatoris hic implorari, non rem pacto firmari, aiunt, & Imperatori quocunque tempore facultatem competere istam gratiam revocandi. Nobis media sententia placet. Equidem, cum Imperator satis declararit, nolle se ex pacto teneri, pactum etiam, necessitas atque jus cogendi ex iis verbis exsculpi non debet. Satis enim ex historia congressus Westphalici cognitum est, legatos Cæsaris nullo modo promoveri potuisse, ut subiectos Cæsareos circa religionem cum aliis civibus Imperii exæquarent, sed, cum legati Suecici fortius insisterent, discessum etiam minitatos esse. Noluerunt igitur, ut hac in parte Cæsari lex præscriberetur. Nihilo tamen minus Silesii satis securi sunt. Cum enim, ut supra diximus, decori honestatisque leges huiusmodi pollicitationibus firmamentum addant, non est credibile, Principes Austriacos, qui, teste *Kieffero de Domo Austriaca & eius prærogativis*, inter præcipua decora sua numerant, quod nullus ex gente sua unquam exierit tyrannus, omnesque fidem datam religiosissime servarint, huic conventioni esse contraventuros. Atque adeo illi etiam errant, qui, concessam Silesiis gratiam quocunque tempore revocari posse, perhibent. Nam quod contra bonos mores & existimationem est, id gens Austriaca ne facere quidem posse censeri debet.

IV.

IV.

Pactum obligatorium esse desinit, si facies rerum prorsus immutetur.

Omne pactum, omnis promissio, rebus sic stantibus, intelligenda est, ut *Seneca Lib.* 4. *de Beneficiis c.* 35. rem clarius explicat, *omnia esse debent eadem, quæ fuerunt, cum promitterem, ut promittentis fidem teneas.* Quam regulam, etsi *Grotius de Jure belli ac pacis Lib.* 2. *cap.* 16. §. 25. cumque secuti *Pufendorffius* atque *Zieglerus* vellicent, nobis tamen nihil iniqui ei inesse videtur. Ipsi certe Grotius & Pufendorffius passim fatentur, non valere, quod pollicitus aut pactus fuerim, si casus deinde emergat, ut promissum meum vel plane non, vel non sine meo alteriusve exitio solvere possim. Cur non igitur generalem regulam conficere liceat, cessare obligationem, nec promissum a promittente exigi posse, si tanta incidat mutatio, ut non amplius pristina rerum facies supersit, atque promissor, si eam prævidisset, pacturus non fuisset. Huc facit locus *Ciceronis Offic. L.* 1. quem ipse alibi excitat & probat Grotius: *Incidunt sæpe tempora, ut promissum servare non sit justum. Referri enim decet ad fundamenta justitiæ, primum, ut ne cui noceatur; deinde, ut communi utilitati serviatur. Ea cum tempora permutant, commutatur officium, & non semper est idem. Potest etiam accidere, ut promissum & conventum sit inutile vel ei, cui promissum fuit, vel ei, qui promiserit. Nam si, ut in fabulis est, Neptunus, quod Theseo promiserat, non fecisset, Theseus filio Hippolito non esset orbatus. Nec promissa igitur servanda sunt ea, quæ sint iis, quibus promiseris, inutilia; nec, si plus tibi noceant, quam illi prosint, cui promiseris.* Itaque regulam, quam ab initio posuimus, juri & æquitati naturali optime convenire, putamus. Convenit vero & legibus nostris civilibus. In illis enim promissor a promisso præ-

ſtando excuſatur, ſi vis divina *Lib.* 24. §. 4. *de Damno inf.* vel magna *l.* 2. *de Peric. & Comm. rei vend.* vel maior caſus, cui humana imbecillitas reſiſtere non poteſt, *Lib.* 1. §. 4. *de Obl. & Act.* interveniat. Alia exempla ſunt in donatione, quæ ob liberos donatori poſtea natos *L.* 8. *C. de Revocandis donat.* nec non ob graviſſimam inimicitiam intervenientem *L.* 10. *C. eodem* revocatur; item in locatione ad aliquot annos facta, quæ, ſi, tempore nondum elapſo, locator ipſe re indigere incipiat, ſervanda non eſt *Lib.* 3. *C. de Locato.* Vide vero inprimis *Lib.* 38. *pr. de Solut. & Barboſæ Theſaurum Lib.* 14. *Cap.* 1. *Axiom.* 14. Quibus rationibus commotus, cum aliquando privatim conſulerer, an is, qui binas ædes habeat, & alteras quidem ipſe inhabitabat, alteras vero genero in dotem promiſerat, ad traditionem earum obligaretur, cum poſtea ſuas incendio amiſiſſet, atque nunc ipſe promiſſis indigeret, reſpondi, compelli illum ad hoc non poſſe. Adde Reſponſum, quod exhibet *Richterus Deciſ.* 23. *n.* 2. Approbarunt quoque ſententiam noſtram JCti Helmſtadienſes & menſe Septembri anni CIↃ IↃ CC XVI. ſic reſponderunt: Hat W. W. eine Ziegel-Scheune auf 3 Jahr in Pacht genommen, und in der darüber gefertigten Punctation verſprochen, den Wiſpel Kalck vor 2 Rthlr. und 8 Gr. zum Veſtungs-Bau zu liefern, nachgehends aber von dem Commendanten die Verwilligung, daß er in Zukunft 3 Rthlr. nehmen möchte, erhalten. Entſtehet alſo die Frage, ob der Commendant aus eigener Macht den im Contract determinirten Kalck-Preiß auf 16 Gr. erhöhen können. Weil nun der Transact und die Erhöhung des Kalck-Preißes nicht aus bloſſer Gefälligkeit, ſondern aus guten und gerechten Urſachen geſchehen, alſo von Königl. Majeſtät ſelbſt vermuthlich würde approbiret worden ſeyn, indem die Materialien nach errichteter Punctation und zugleich der Kalck-Preiß in allen andern Brenn-Hütten aufgeſchlagen, folglich die Sache in gantz andern Stand gekommen, als ſie zur

Zeit

Zeit der Punctation gewesen, und W. W. wenn man ihm die Erhöhung des Preißes nicht verstattet hätte, entweder ruiniret oder gezwungen worden wäre, gleich seinen Vorfahren aus dem Pacht zu treten und die Ziegel-Hütte zu verlassen; So mag W. W. des allerunterthänigsten Vertrauens leben, es werde Königl. Majest. in Erwegung dieser ausgeführten Umstände und der ihnen beygepflichteten Billigkeit den von dem Commendanten getroffenen Vergleich genehm halten.

V.

Qui ex pacto secum inito nihil utilitatis percepturus est, alterum ad id servandum cogere nequit.

Pacta utilitatis humanæ causa ineuntur. Quodsi itaque nulla ex iis in alterum utilitas redundet, promittens ad ea servanda non obligatur. Id quod & rectæ rationi convenit, ne scilicet ego onus sine cuiusquam commodo subeam, & legibus civilibus quoque præcipitur, quæ pacta illa, quibus quis, se re sua non usurum; vel eam non venditurum, pollicetur, improbant. Atque ex hoc fundamento recordamur, irritam declaratam fuisse promissionem, ab uxore marito moribundo factam de viduitate post mortem eius servanda. Etsi enim jusiurandum adiecisset, tamen, quia principalis obligatio non subsistebat, nec jurisiurandi adiecti ratio habebatur. Vide *L.* 2. *C. de indicta viduitate toll.*

VI.

Pactum privatorum de transferendis ex uno fundo in alterum prædium vel personam oneribus publicis, quod ad fiscum non valet, bene tamen quod ad ipsos paciscentes.

Non infrequens est inter privatos pactum de transferendis ex uno fundo in alterum fundum aut personam oneribus publicis, Quod quousque valeat, magna est

inter JCtos contentio. In eo quidem conveniunt omnes, fisco illud non nocere, sed hunc, eo non obstante possessorem fundi persequi & ad tributa atque onera solita solvenda compellere posse. An vero quod ad ipsos paciscentes etiam invalidum sit, atque ab iis eorumve heredibus & successoribus revocari possit, acerrime disputatur. Prorsus invalidum illud esse, aiunt *Nicolaus de Matarellis, Cuiacius, Tuldenus, Rauchbar, Meierus, Perez, Klock, Franzkius, Struvius, Philippi, Lauterbachius, Schilterus & Bergerus.* At alii non minore numero, *Accursius, Odofredus, Azo, Bartolus, Baldus, Jason, Castrensis Salicetus, Zasius, Donellus, Pacius, Antonius Faber, Christinæus, Besoldus, Tabor & Brunnemannus*, valere eiusmodi pactum, quod ad ipsos paciscentes, contendunt, adeo, ut is, qui onera in se vel suum fundum recepit, non solum pactum illud non infringere possit, sed & alteri, cum quo pactus est, id, quod hic fisco exsolvere coactus fuit, restituere necesse habeat. Quam controversiam ex solis legibus civilibus dirimere, impossibile erit. Ab utraque enim parte leges clarissimæ afferuntur. Justum & servandum hoc pactum esse, Ulpianus *in l.* 52. §. 2. *de Pactis*, atque id saltem, quantum ad fisci rationem, non valere, Papinianus *in L.* 42. *de Pactis* aiunt. Contra Alexander Imperator *in L.* 1. *C. Sine censu vel reliquis fundum compar. non posse* ex huiusmodi conventione, etsi in stipulationem deducatur, vel contractui adiiciatur, actionem competere, negat. Equidem neutri parti responsiones ad istas leges desunt, quarum tamen nulla, ut verum fateamur, nobis satisfacit. Itaque, veteres etiam circa istam quæstionem dissensisse invicem, & contrarias eorum opiniones a Triboniano per imprudentiam corpori legum suarum insertas fuisse, putamus. Nos tamen amplectemur eorum, qui pactum tale inter paciscentes valere, atque actionem quoque producere dicunt, sententiam, quippe

quæ

quæ & æquitati & analogiæ juris noſtri magis convenit. Æquitas omnes conventiones bona fide initas, in quantum honeſtati non repugnant, nec tertio nocet, ſuſtinet. Jus vero noſtrum civile in omni negotio utile ab inutili ſeparat, atque, illud per hoc vitiari, vetat. Juvat præterea ſententiam noſtram hodierna plerorumque collegiorum obſervantia, quæ utique in cauſis dubiis alicuius momenti eſſe debet. Teſtes ſunt *Brunnemannus ad L. 42. de Pactis n. 2. & Bergerus*, qui, etſi ipſe contrariam noſtræ opinionem ex jure defendat, noſtram tamen uſu collegiorum, quæ in Saxoniæ Electoratu florent, omnium receptam eſſe, fatetur *in Electis Diſcept. For. p. 1414 ſqq.* Ipſi quoque recordamur, JCtos Vitembergenſes menſe Julio anni CIↃ IↃ CC IX. ita reſpondiſſe: Ob ihr gleich, daß, denen gemeinen Kayſerl. und Churfürſtl. Sächſiſchen Rechten zuwider, die Wieſe gantz frey von allen herrſchaftlichen Gefällen verkaufet, dieſe hingegen ſämtlich auf einem Guthe behalten worden, vorſchützet; So iſt dennoch das Pactum und Handlung, da Verkäufer die auf dem verkauften Guth haftenden Gefälle übernimmt, zwar, was den Fiſcum betrifft, vor nichtig zu achten, und mag ſelbigem nicht präjudiciren, hingegen iſt es unter denen contrahirenden Theilen beſtändig, und mag von ſelbigen oder ihren Nachfolgern nicht gefochten werden. Similem in modum pronunciarunt JCti Helmſtadienſes menſe Decembri anni CIↃ IↃ CC XIV: Der gantze Streit kommt darauf an, ob das dem erſteren Urthel beygemeſſene vitium nullitatis dergeſtalt beſchaffen, daß ſolches Urthel, ungeachtet Kläger ſich des in denen Rechten vorgeſchriebenen remedii dawider nicht bedienet, in Kraft Rechtens nicht erſchieſſen können. Kläger will die Affirmativam daher behaupten, weil denen Rechten ſchnur ſtracks zuwiderlaufe, daß der Beſitzer eines Guthes von denen darauf haftenden Oneribus befreyet ſey. Alldieweil aber ein ſolches Pactum, daß Käufer von

von denen Oneribus gänzlich befreyet seyn solle, zwar von dem Fisco, keinesweges aber von denen Contrahirenden selbst angefochten werden kan; So haben wir in dem angezogenen Urthel keine Nullität finden können, und seynd also, dasselbige zu bestätigen, bewogen worden.

VII.

Pactum invalidum, etsi in judicio initum, vel a judice confirmatum sit, impugnari potest.

Magna est pacti judicialis auctoritas, maiorque, quam eius, quod extra judicium confectum est, ob maximam, quæ pro judice & gestis coram eo negotiis pugnat, fidei & integritatis præsumtionem, de qua vide *c.* 6. *X. de Renunciatione.* At quod advocati nonnunquam eam auctoritatem latius extendere & pacta in se vitiosa & invalida per eam sanare volunt, in eo profecto peccant. Judex enim, dum pacta sibi oblata confirmat, non accurate semper causam cognoscere, nec omnes circumstantias considerare potest. Omnibus itaque confirmationibus clausula, *in quantum actus de jure valet*, inesse videtur. Nec desunt in jure nostro exempla conventionum judicialiter initarum, quæ tamen impugnare permittitur. Vide *L.* 11. *C. de Prædiis & aliis rebus minorum.* Offerebatur aliquando JCtis Helmstadiensibus casus, ubi mater nomine liberorum impuberum, quibus nec ipsa tutrix, nec alius tutor constitutus fuerat, pacta coram judicio erat & confirmationem eius pacti impetrarat. Oppugnabant hoc pactum liberi. Adversarius vero auctoritatem judicialem obtendebat, qua tamen non obstante, respondimus: Ob gleich die Gültigkeit des getroffenen Vergleichs daher behauptet werden könnte, daß derselbe gerichtlich aufgerichtet worden,

den, also desto grössere Autorität habe; Alldieweil aber auch ein gerichtlich aufgerichtetes und bestätigtes pactum nichts desto weniger ob læsionem oder aus andern wohl gegründeten Ursachen angefochten und umgestossen werden kann; So seynd wir besagten Vergleich, welcher wegen Mangel des Vormundes ipso jure null, aufzuheben bewogen worden.

COROLLARIA.

1 Pactum venditioni adiectum, ut emtor, nisi stato die pretium solvat, deinde duplum præstet, invalidum est.

2 Pactum, in quo pacifcentes se jureiurando ad illud perpetuo servandum nec unquam rescindendum obligarunt, tamen sine metu perjurii, conscientibus omnibus, tolli potest. Exemplum anno CIↃ IↃ CLXXII. in Hollandia contigit, ubi edictum perpetuum de nunquam reducenda summi gubernatoris dignitate revocatum est.

3 Pactum a maiore collegarum parte cum extraneo initum ceteros collegas, qui non consenserunt, haud obligat.

SPECIMEN XLI. MEDITATIONVM AD PANDECTAS AD LIB. III. TIT. I.

DE

INTERPRETATIONE PACTORVM DVBIORVM

PVBLICE DEFENSVM

A

JOANNE PHILIPP. DVVE, HELMSTADIENSI.

D. XXVI. JVNII. ANNI CIↃ IↃ CCXV.

I.

Obligatio ex pacto, in quo paciscentes de se tantum, non etiam de heredibus locuti sunt, tamen ad heredes quoque transit.

II.

Formula in pactorum & contractuum initio poni solita, pro se & heredibus, plerumque est otiosa.

III.

In donatione mortis causa utile est, ut ea in heredes donatarii dirigatur.



Pacta dividuntur in personalia & realia. Personalia ad personas paciscentes restringuntur, nec ad heredes pertinent, L. 21. *pr. de Pactis*. Realia, quæ & generalia in L. 40. *pr. de Pactis* dicuntur, ad heredes & omnes successores & fideiussores extenduntur. Constat vero ex L. 13. *C. de Contrab. & comm. stip.* omne pactum in dubio reale præsumi, tametsi nulla in eo heredum mentio facta, sed paciscentes de se tantum locuti sint, nisi vel heredes expresse excipiantur, ut in L. 17. §. 3. *de Pactis*, vel verba clare ad personas restringantur, ut, si te solum obligari dicas, vel pactum saltem ad dies vitæ concipiatur, vel ex circumstantiis appareat, personæ industriam electam fuisse, vel negotium tale sit, quod sua natura in heredes non transit, ut societas, mandatum. Nisi quid ex his interveniat, pactum semper reale præsumitur. Atque ita JCti Vitembergenses mense Februario anni CIↃ IↃ CCX. pronunciarunt: Es fället in gegenwärtiger Sache die Frage vor: Ob Klägers Principalinnen der Vorkauf an dem Schusterischen Hause zustehe? Solche wird von Beklagten daher in Zweifel gezogen, daß George Schuster in dem Contract, worinnen er Klägerinnen den Vorkauf einräumet, nur von seiner Person redet, also seine Erben zu einem gleichmäßigen nicht verbin-

verbinden wollen. Alldieweil aber ein jedwedes pactum auch auf die Erben, obgleich derselben darinnen nicht gedacht wird, zu erstrecken. So haben wir ꝛc. Ex his, quæ diximus, id simul apparet, mentionem heredum, quam tabularii more solito in principio instrumentorum, quæ super pactis & contractibus conficiunt, facere solent, semper fere superfluam esse, cum ea sua natura omnibus conventionibus insit. Habebit tamen aliquem usum in iis negotiis, quæ alias ad heredes non transeunt. Sic ut mandatis judicialibus adjiciatur, expresse cautum est in *Recessu Imperii de anno* 1654. §. 99. Tunc quoque, cum dubium esse poterat, an personæ industria electa sit, tutius heredum quoque mentionem fieri, *Strykius de Cautelis contractuum sect.* 1. c. 4. §. 15. asserit. An vero in donatione mortis causa utile sit, ut ea in donatarii heredes dirigatur, de eo non conveniunt DD. *Wesembecius ad tit. D. de Mortis causa donat. n.* 6. utilissimam hanc formulam esse, & ex donatione mortis causa donationem inter vivos efficere putat. Contra *Hahnius ad h. l.* verbis: *Aut mentio heredum* & *Stryk. in Cautelis contract. sect.* 3. c. 9. §. 11. inutilem existimant, nec quidquam ad heredes transire, si donatarius ante donantem moriatur, dicunt. At nobis media sententia placet. Equidem per solam heredum mentionem donatio inter vivos contra donantis voluntatem non efficitur. Manet enim facultas pœnitendi & revocandi donatori salva, manet etiam necessitas adhibendi quinque testes. At in eo effectum nanciscitur hæc formula, quod donatio, exstincto licet ante donantem donatario, ad huius heredes transeat, non quidem propterea, quod donatio inter vivos fiat, sed quia, ad exemplum ususfructus quæ quasi donationes, altera in donatarium, altera in heredes eius, facta censetur, arg. *l.* 38. §. 12. *de Verb. obl.*

IV.

Interpretatio pacti contra eum facienda eſt, qui clarius loqui debuiſſet.

In pactione ambigua & obſcura interpretationem contra eum faciendam eſſe, qui clarius loqui debuiſſet; & recta ratio, & leges noſtræ civiles ſæpius præcipiunt. Omnium clariſſime Celſus in L. 99. *pr. de Verb. obl.* iſtam regulam proponit. Etſi vero de regula ipſa ſatis conveniant DD. in eo tamen varie diſſentiunt, quis ſit is, qui clarius loqui debuiſſet. Alii propter *L.* 39. *de Pactis*, & *L.* 38. §. 18. *de Verb. obl.* venditorem, locatorem & ſtipulatorem nominant. Alii cum *Mantica de tacit. & ambig. convent. l.* 2. *tit.* 4. *n.* 99. pactum contra eum intelligunt, qui ex eo nititur. Alii aliter rem explicant. Quorum omnium opiones refutat *Böhmerus de interpretatione facienda contra eum, qui clarius loqui debuiſſet*, ipſeque generalem regulam præſcribit, ſed, quod pace Viri celeberrimi dixerimus, nec novam, nec meliorem. Ait videlicet *in* §. 20. Ille in pactione ambigua & obſcura clarius loqui debuiſſet, qui in illa voluit ſingularem & extraordinariam quærere utilitatem, quando ſcilicet lis eſt de illa utilitate, quam quærere voluit. At hoc jam ante Böhmerum *Mantica* dixit in ſupra memorato loco, ubi ſatis declarat, ſe per eum, qui ex pacto nititur, hunc intelligere, qui ex illo commodum vult reportare. Quæ regula tamen & obſcura eſt interdum difficillimæque applicationis, & plerumque plane falſa. Obſcura ideo eſt, quod in conventionibus, e. g. ſponſalibus, æqualis ſæpe utriusque vertitur utilitas, nec apparet, cuius præ altero interſit. Novis itaque tunc regulis opus erit ad inveſtigandum, quis ſit ille, qui ſingularem & extraordinariam quærat utilitatem. Deinde ſæpiſſime etiam fallit ea regula. Non diffitemur equidem, interpretationem nonnunquam fieri contra eum, cuius potiſſimum

tissimum intereſt. Ipſi eius rei exemplum dedimus in *Speciminis XL. Meditatione I.* At non ſemper. Recta ratio interdum interpretationem contra eum fieri iubet, cuius æqualiter, vel minus intereſt, ut ex ſubiectis exemplis apparebit. Rectius itaque & ſecundum mentem JCtorum veterum regulam ſic formabimus: Is clarius loqui debuit, atque contrariam ſibi interpretationem patitur, qui verba pacti concepit, vel concipere aut mentem ſuam explicare debuit, atque obſcure vel ambigue locutus eſt. Atque hinc, etſi venditoris & emtoris æqualiter interſit, interpretatio tamen ex L. 39. *de Pactis* plerumque contra venditorem fit, quod is omnes rei venditæ qualitates indicare debet. At ſi emtor aliquid, quod contractui per ſe non ineſt, ſuperaddidit, ſed obſcurius ſententiam ſuam declaravit, contra ipſum fit explicatio *L.* 34. *de Contrah. emt.* Ita quoque ſtipulator, qui verba ſtipulationis concipit & ab altero quid petit, contrariam ſibi interpretationem admittere neceſſe habet L. 38. §. 18. *de Verb. obl.* Si quis interrogatus dubie vel ambigue reſpondet, contra eum interpretatio fit, arg. L. 9. §. 5. *de Interrogationibus*. Ita JCti Vitembergenſes menſe Februario anni CIƆ IƆ CCX. pronunciarunt: Die andere Frage, ſo in gegenwärtiger Sache vorfällt, iſt: ob der Vorkauf an dem Schuſterischen Hauſe Klägers Principalinnen vor 500 fl. verſprochen worden. Selbige wird deswegen in Zweifel gezogen, weil in dem Contract keine gewiſſe Summe bey dem Verkaufs-pacto ausgedrücket, George Schuſter auch, nach Ausſage der Zeugen, auf vielfältiges Fragen, ob der Vorkauf um die 500 fl. geſchehen ſolle; nur dieſes: Nach meinem Tode mag es nehmen wer da will; geantwortet. Alldieweil aber diejenigen Worte, worinnen das pactum protimiseos enthalten, ſich auf die vorhergehenden, da der Klägerinnen Mutter der Wiederkauf von 500 fl. eingeräumet wird, beziehen, ferner die Erklärung der von Schuſtern auf ſo vielfältiges durch ſeine Frau, die Vormünder und den

Richter selbst beschehenes Fragen gethanen dunkeln und zweifelhaften Antwort nunmehr wider ihn selbst, als der da deutlicher reden sollen, zu machen; So haben wir ꝛc. Eundem in modum JCti Helmstadienses mense Novembri anni CIↃ IↃ CCXIII. super pacto liberatorio seu apochis a creditore conceptis pronunciarunt. Etsi enim in pacto eiusmodi liberatorio maior debitoris utilitas versetur, creditor tamen, qui verba eius concipit, si obscurius loquatur, interpretationem sibi contrariam pati debet arg. L. 21. *de Contrah. emt.* Es ist zwar nicht zu leugnen, daß Beklagter in der seiner Unterschrift angehängten Protestation sich ziemlich dunkler und zweydeutiger Worte bedienet, woraus anjetzo einiger Zweifel erwächset, ob er auch Klägern wegen seiner geführten Administration würcklich quittiret. Alldieweil aber die Worte: **Auf Anhaltung Herrn Johann Holtzmann sein bittliches Ansuchen haben wir Consorten den Contract so weit quittiret und unterschrieben**; item: **quittire ich die andere Consorten alle zusammen, daß ich mein** *Refusie* **von Thomas Wilcken bekommen thue**; des Beklagten Intention ziemlich deutlich an den Tag legen, und daferne ja noch einige Dunckelheit übrig bleibet, Beklagter ihm selbst beyzumessen hat, daß er seine Meynung nicht klärer ausgedrücket, und dadurch, daß nunmehro die Auslegung wider ihn selbst gemachet werden muß, verursachet; So haben wir bey diesen Umständen voriges Urthel, worinnen Beklagter condemnirt worden, bestätiget. De cetero decisio controversiarum, quæ circa hanc regulam oriri poterunt, ex circumstantiis, æquitate & arbitrio judicis pendebit.

V. De

V.

Decisio dubiorum in pactis, quæ Principes Imperii invicem ineunt, occurrentium ex jure communi, id est Canonico, Romano & Longobardico desumenda est.

Regulam unanimi summorum JCtorum consensu stabilitam & longo usu firmatam, quod controversiæ Principum Imperii ex jure communi, Canonico scilicet, Romano & Longobardico decidendæ sint, oppugnavit nuper *Gribnerus de præjudicio principum ex abusu Juris Justinianei cap.* 2. At nos non videmus, quamobrem prisca opinio relinquenda sit, cuius fundamenta, tantum abest, ut subverterit Gribnerus, ut præcipua nec attigerit quidem. Recensebimus autem potissima. Primo scilicet indubium est, principis Imperii spectatos invicem privatorum jure censeri, &, tanquam singulos optimates in Aristocratiis, Legibus communibus in Imperio receptis subiectos esse. Deinde 2. Principes Imperii judiciariam utriusque summi tribunalis, Cameræ scilicet & judicii aulici, potestatem agnoscunt. At eorum tribunalium assessores non ex arbitrio suo & cerebrina æquitate, sed ex juribus communibus, judicare jubentur. Ita clarissime constitutum est in *Ord. Cam. P.* 1. *tit.* 13. & *Recessu Imperii de anno* 1654. §. 105. ubi per jura communia, quæ statutis, consuetudinibus & legibus Imperii publicis opponuntur, non possunt alia, quam Canonica, Romana & Longobardica, intelligi. Adde *Constitutionem judicii Aulici Ferdinandinam tit.* 1. §. 15. ubi assessores summi huius judicii in causis, quæ ad ipsum Cæsarem pertinent, jura illa communia observare jubentur. Nec quidquam in hoc loco desiderarunt Ordines Imperii Evangelici, qui tamen plurima monita contra Constitutionem istam in Comitiis anno CIƆ IƆ CLXIV. exhi-

exhibuerunt. Tum 3. in rebus Imperii plane hofpes fit oportet, qui ignorat, fententiam noftram ufu non interrupto fupremorum iftorum collegiorum receptam effe, & maximam relationum, quæ in controverfiis illuftribus fiunt, nec non rationum decidendi partem ex Romano reliquisque privatis juribus defumi. Porro 4. firmiffimum eft argumentum, quod ab ufu non quorundam, ut Gribnerus putat, nec plerorumque, fed omnium Principum petitur. Liberum ei reliquimus, quemcunque velit, Imperii Principem, qui modo unquam litem habuit, nominare, atque in nos recipimus, nos duo minimum fcripta nomine eius publice edita, & vel in Comitiis vel fummis tribunalibus exhibita, prolaturos, quibus ille, dum juftitiam caufæ fuæ tuetur, ad leges Romanas provocat, atque adeo decifioni ex iis faciendæ fe fubmittit. In præfens faltem memorabimus exemplum Principum Saxonicorum, quoniam *Gribnerus in d. c. §. 4. lit. f.* eos docuiffe dicit, fruftra pacta & conventiones illuftres exigi ad jus civile. Hi tamen ipfi Principes in fcripto, quod de eadem caufa Juliacenfi fub titulo: Deductio des Hauses Sachsen an die erledigten Fürstenthümer Jülich rc. Lipfiæ anno 1654. prodiit, jura fua ex principiis legum Romanarum, & confuetudinum Longobardicarum ampliffime deducunt, & adverfariorum rationes copiofe ex iisdem juribus refellunt. Idem illi fecerunt in lite, quæ inter ipfos fuper fucceffione Coburgenfi adhuc hodie agitatur. Accedit 5. confenfus JCtorum, quibus maiores feculum noftrum non vidit, *Strykii de ufu & auctoritate juris Romani in foris Germaniæ* §. 40. *Hugonis de Statu Reg. Germ. c. 6. Werlhoffii* noftri *in Notitia S. R. Imperii enucleata lib. 1. cap. 1.* §. 23. 24. 25. *Lynckeri & Rhetzii.* Quorum auctoritas, etfi rem non conficiat, attamen egregiis, quibus fuffulta eft, rationibus aliquod pondus addit. Denique 6. Gribnerus ignorare non poteft, illud ipfum, cui affidet, Collegium

femel

semel atque iterum secundum nostram sententiam respondisse. Cuius rei exempla apud *Hornium in Jurisprudentiæ Feudalis Appendice II. Responso* 8. *Wernherum in Observ. for. P. I. Observ. 65. & in Speciminis nostri IV. Meditatione V.* exstant. Vidit istas difficultates sine dubio Vir eruditissimus, &, ut effugium sibi aliquod contra eas pararet, temperavit deinde sententiam suam, atque in §. 5. esse aliquem legum Justinianearum in jurisprudentia privata Principum usum, fatetur, sed non aliter, quam, si manifestum sit, eas fuisse receptas. At si hoc temperamentum admittas, facile erit, omnem juris Romani ad causas principum applicationem eludere. Nec satis recordatus est Adversarius noster amicissimus eorum, quæ ipse gravissimo judicio *de jure incerto, ex dubia legum, quibus utimur, auctoritate oriundo* §. 16 scripsit: *Qui ex altera parte stant, omnibus titulis, imo legibus singulis, status movent controversiam. Volunt receptionem & usum singularum legum probari debere. Quam ego impossibilem probationem existimo. Nam, ne receptio singularium legum probetur, non est metuendum. Mihi, si verum fateri licet, neque hæc sententia probatur. Minus hi, quam par erat, tribuunt peregrino juri; tollunt jura recepta; abrogant leges; jus omne incertum reddunt. Itaque si, quod ipse sentiam, addere integrum est, receptionem LL. Romanarum, eandemque universalem, admiserim, sed quatenus moribus genioque Germanorum illæ congruunt, non quoad inanes subtilitates aut ea capita, quæ ex rationibus reipublicæ priscæ Romanorum & processu antiquo Quiritum oriuntur. Certum in singulis receptionis prolationem, non puto, alleganti eas iniungi debere. Imo id admittatur, omnem legum usum in dubium vocari posse, credo.* Verissima hæc sunt non inter privatos solum, sed inter Principes Imperii etiam, in quorum causis jus Romanum generaliter receptum esse, supra jam satis ostendimus. Id tamen facile largiemur, tum, cum leges

vel consuetudines per universam Germaniam receptæ juri Romano adversantur, illas in decisione controversiarum illustrium præferri debere.

VI.

Pactum a principe initum in dubio reale est, atque adeo, mortuo pacifcente, obligatio perdurat.

Frequens quæstio in historiis occurrit, utrum pactum cum principe initum reale sit, ut mortuo etiam eo perduret, an personale, quod, exstincto paciscente, exspiret. Nos in dubio id pro reali habemus, ut adeo Saporem, Persarum regem male fecisse, credamus, qui apud *Ammianum Marcellinum Lib.* 27. *Cap.* 11. pactorum cum Joviano initorum firmitatem morte eius abolitam, existimavit. Id plus dubii habet, an pactum tale servandum sit, si mortuo vel eiecto principe, qui pactus erat, principatus in aliam, forte liberæ reipublicæ, formam redigatur. Negavit id Sabinorum gens apud *Dionysium Halicarnassensem L.* 5. *c.* 39. atque expulso Tarquinio, quasi soluto, quod cum illo ictum fuerat, fœdere, bellum cum Romanis gerere decrevit. Sed & hoc casu vim pacti manere putamus. Princeps enim, dum paciscitur, non tanquam privatus id facit, sed tanquam caput reipublicæ, quæ, mutata licet imperii forma, tamen perdurat. Consentit nobiscum Pedius *in l.* 7. §. 8 *de Pactis*, consentit etiam *Grotius de Jure belli ac pacis L.* 2. *c.* 16. *n.* 16. a quo tamen in eo dissentimus, quod ille inter favorabilia & odiosa pacta distinguit, atque illa realia in dubio, hæc personalia esse, putat. Quam distinctionem si receperis, occasionem omnia pacta infringendi facillimam præbebis, cum is, qui ea rescindere cupit, odiosa illa dicturus sit. Profecto in iis etiam pactis, quæ cum onere coniuncta sunt, princeps non tanquam privatus, sed tanquam rector rei-

publi-

publicæ, quæ non moritur, considerari debet. Igitur & hæc realia sunt. Cæterum non diu est, quod super simili quæstione etiam in Germania nostra disputatum fuit. Scilicet *in Pace Osnabrugensi Art.* 5. § 38. cautum fuerat: *Silesiæ principes, Augustanæ confessioni addicti in libero suorum ante bellum obtentorum jurium & privilegiorum, nec non A. C. exercitio ex gratia Cæsarea & Regia ipsis concessio manutenebuntur.* Exstinctis deinde principibus, negabatur a quibusdam Catholicis maxime, promissio hæc principibus facta ad terras eorum & cives pertinere. At Silesii, pactum illud reale esse, & post mortem principum sibi, etsi in potestatem gentis Austriacæ redactis, prodesse debere asserunt.

COROLLARIA.

1 Peccarunt contra leges justæ interpretationis Platæenses, qui cum homines se reddituros promisissent, satisfacere se pacto putarunt, si mortuos redderent.

2 Pactum ex eo tempore, quo initum fuit, non ex futuro, interpretationem sumit. Igitur, in fœdere inter populum Romanum & Carthaginensem facto: *Utriusque populi socii ab utroque populo tuti sunto;* socii, quos alteruter populus postea assumebat, non comprehendebantur.

3 Pactum inter duas liberas gentes initum, quarum utraque jus Romanum in republica sua recepit, ex jure tamen Romano interpretandum non est.

SPECIMEN XLII.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. II. TIT. XIV.

DE

PACTIS CONTROVERSIS SED VALIDIS

PVBLICE DEFENSVM

AB

HENRICO ANDREA SCHILDEN,
HANNOVERANO.

D. XXIX. IVNII ANNI CIↃ IↃ CCXV.

I.

Pactum cum homine simplice sine curatore initum rescindi non debet.

II.

Blanditiæ & persuasiones, ab altero paciscente sine mendacio adhibitæ, pactum irritum non faciunt.



Ab hominibus mente captis distinguendi sunt simplices & stupidi, qui rationis quidem usum habent, sed hebetiorem, atque adeo negotia sua segnius & minore, quam alii solent, prudentia obeunt. Hos Romani veteres cor non habere dicebant. Hinc *Juvenalis Satyra* 7. *v.* 159. de eiusmodi homine stupido ait:

— — *læva in parte mamillæ*
Nil satis Arcadio juveni — —

In jure nostro simplicitas hæc appellatur rusticitas, quemadmodum supra *in Spec. XXXV. Meditat. V.* ostendimus.

At

At nunc quæstio oritur, an homo ſimplex ſine curatore valide paciſci queat. Equidem *Strykius in Cautelis Contractuum Sect.* 1. *c.* 2. §. 11. conſultius eſſe ait, ſtupidis & melancholicis curatorem adhibere, quam effectum contractus dubio eventui exponere. Sed ut ipſe Strykius deinde ſententiam ſuam explicat, diſtinguendi ſunt ſtupiditatis & melancholiæ gradus, atque tunc, cum tanta eius vehementia eſt, ut omnem rationis uſum impediat, curatore ſaltem opus eſt. Quod nec ipſi negamus. Verum huiusmodi ſtupidi, melancholici & fatui rectiûs mente captis annumerantur. Nos de iis in præſens loquimur, quibus hebetius tardiusque ingenium eſt, nec eadem, quæ aliis hominibus, in rebus gerendis ſagacitas. Plurimi eorum reperiuntur, inter ipſos ſæpe eruditos, qui, dum acumen ſuum omne in literis conſumunt, deinde in communi vita prorſus hebeſcunt. At his curatorem adhibere, cum paciſci volunt, ignominioſum foret. Præterea infinita negotia ſub hoc ſimplicitatis prætextu reſcinderentur, & fora litibus eiusmodi quotidie perſtreperent. Exiſtimamus itaque, pactum ab homine ſimplice, cui curator non fuit, initum ſuſtinendum eſſe. Eadem mens eſt jurium noſtrorum conditoribus, qui *in l.* 2. *C. de in jus vocando*, ruſticitati non ſemper veniam præbendam eſſe, dicunt. Atque hac ratione commoti aliquando JCti Vitembergenſes pactum a muliere, cui homo ſimplex tanquam curator adſuerat, initum valere pronunciarunt. Sed, quid blanditiæ & perſuaſiones ab altera parte fuerint adhibitæ. Neque tunc pactum cum homine tardioris ingenii initum reſcindendum eſt. Jura enim noſtra blanditias & perſuaſiones adhibere permittunt, *L.* 70. *de Hered. Inſtit. L. ult. D. & L.* 3. *C. Si quis aliquem teſtari prohibuerit*, atque eas tunc demum improbant, quando cum dolo & mendaciis ſunt coniunctæ. Atque ſecundum hanc ſententiam JCti Helmſtadienſes menſe Octobri

 anni

anni CIↃ IↃ CCXII. responderunt: Hat Heinrich Möller, nachdem er sich untüchtig zu Forttreibung der Haushaltung befunden, das ihm an einem von seinem Vater und Groß-Vater herstammenden Kothof zustehende Recht an seines verstorbenen Vaters Bruder, Jürgen Möller, vor 12 Rthlr. verkauft, nachgehends aber dieses Geld zurück gebracht, und in besagten Jürgen Möllers Haus geworfen, auch dabey, daß er den getroffenen Handel zu halten nicht gemeynet, sondern sein Recht an seine Halbschwester überlassen wolle, gesaget; Immassen denn diese Halbschwester sich des Guthes angemasset. Wodurch Jürgen Möller, Klage wider sie zu erheben, bewogen worden, und nunmehr, da beyde Partheyen bereits zum Urtheil geschlossen, zu wissen verlanget, ob dasselbe vor ihn ausfallen möchte. Ob nun wol Beklagte vorwendet, es sey der von Heinrich Möllern mit Klägern geschlossene Handel ungültig, in Erwegung, daß jener ein einfältiger Mensch und sich durch gute Worte und Verheissungen zu Eingehung eines so nachtheiligen Kauffes bewegen lassen; Wannenhero es das Ansehen gewinnet, ob würde das bevorstehende Urthel für Beklagte ausfallen; Alldieweil aber die vorgeschützte Einfalt, wenn dieselbe nicht cum exilio mentis verknüpfet, einen Handel nicht ungültig machet, hiernächst die Heinrich Möller gegebene gute Worte und geschehene Verheissungen, wodurch er zu contrahiren bewogen worden, in denen Rechten nicht verboten, sondern vielmehr verstattet werden, daferne nur kein Betrug oder unwahrhafte Vorstellungen darzu kommen, dergleichen aber Beklagte nicht einmal anzugeben wissen; So erscheinet demnach so viel, daß wol zu vermuthen sey, es werde das erwartete Urtheil für Klägern ausfallen.

III.

Pactum extra judicium confectum, sed judici insinuatum, tanquam judiciale, subsistit.

IV. *Divi-*

IV.

Divisionis inter pacta judicialia & extraiudicialia usus ostenditur.

Dispescuntur pacta in judicialia & extraiudicialia, sive, ut cum *L.* 2. *C. de Transact.* loquamur, in ea, quæ apud acta, & quæ sine actis fiunt. Et jure Romano quidem regulariter judicialia pacta maiorem auctoritatem firmitatemque non habent, quam extraiudicialia. Etsi enim *Wesembecius in tit. D. de Pactis n.* 4. & 9. dissentiat, atque ex pactis nudis judicialibus olim quoque actionem datam fuisse, putet, is tamen facile refellitur ex ea, quam supra memoravimus, *L.* 28. *C. de Transact.* Dantur interim & in jure Romano casus, quibus, ut conventio judicialiter ineatur, necessarium vel utile est. Huc pertinent transactio de alimentis ultima voluntate relictis, *L.* 8. *pr. de Transact.* transactio super delicto famoso, *L.* 6. §. 3. *de his qui not. infam.* pignoris constitutio, *L.* 11. *C. Qui pot. in pign.* alienatio prædiorum pupillarium, *L.* 6. *C. de Prædiis & aliis rebus min.* donatio, quæ quingentos solidos excedit *L.* 27. *C. de Donationibus*. At Germani veteres in omnibus alienationibus paulo maioris momenti auctoritatem judicis necessario requirebant. De Saxonia certe nostra res clara est, uti patet ex *Spec. Sax. Lib.* 1. *Art.* 52. in quo sic compilator: Ohne der Erben Laub und ohne Gericht mag kein Mann sein eigen Guth noch seine Leut vergeben. Idem de pactis dotalibus *Lib.* 1. *Art.* 21. & de pactis hereditariis *Lib.* 2. *Art.* 30. constituitur. Atque hinc est, quod adhuc in terris juris Saxonici extraiudicialis bonorum immobilium alienatio dominium non transferat, & oppignoratio eorundem extra judicium facta pariter effectu careat. Quin imo ex actis ad Collegium nostrum missis intelleximus, lege nonnullorum locorum alienationes huiusmodi & pacta dotalia, in

in quibus judicis auctoritas non intervenit, non solum invalida declarari, sed & pœnam in eos, qui extra judicium talia negotia gerunt, constitutam esse. Frequens igitur quæstio oritur, an ad pactum judiciale facta judici insinuatio sufficiat, an vero ipsum in judicio & apud acta confici, & paciscentes ibi mentem suam clare & distincte explicare debeant. Non desunt, qui ultimum hoc requirunt. Provocant scilicet ad *L.* 6. *C. de Prædiis & aliis rebus min.* ubi libellus per procuratorem ad judicem delatus non sufficere dicitur, sed solemne decretum apud acta requiritur. Afferunt præterea *L.* 27. *C. de Donationibus*, quæ donationes judiciales interveniente actorum testificatione CONFICI jubet. Quibus tamen non obstantibus, existimamus, ipsam pactionem & conventionem in judicio fieri non debere, sed satis esse, ut ad illam extra judicium confectam & instrumento comprehensam, deinde judici oblatam huius consensus accedat. Hoc tantum priscæ Germanorum leges *Spec. Sax. Lib.* 2. *Art.* 30. ibi: Daß das Gelübde vor Gericht bestätiget sey; hoc saltem jura Romana requirunt, *L.* 30. *C. de Donationibus* ibi: *conscriptæ donationes apud magistrum insinuentur*, & hoc ad excludendas fraudes & circumventiones sufficit. Quæ vero nobis obiicitur, *Lex* 6. *C. de Prædiis & aliis rebus min.* de alienatione rerum pupillarium agit, in qua accurata causæ cognitio requiritur, adeoque tumultuaria insinuatio utique non sufficit. Altera autem *Lex* 27. *C. de Donat.* nobis plane non obstat. Vox enim, *conficiatur*, quæ ibi occurrit, captari non debet, sed explicanda est ex sequentibus *LL.* 30, 31, 32, 34, 36, ex quibus aperte constat, solam insinuationem donationis jam confectæ sufficere. Quæ sententia etiam JCtis Vitembergensibus placuit, qui mense Martio anni CIↃ IↃ CCX. sic responderunt: Begehret derselbe weiteren Unterricht, ob diese Ehestiftung als ein pactum judi-

judiciale zu Recht bestehen könne. Ob nun gleich selbige Anfangs ausser Gerichte in Beyseyn unterschiedener Zeugen verfertiget worden, und aber, einen Contract von dem andern zu unterscheiden, das Absehen jederzeit auf dessen Anfang zu richten ist; Dieweil aber dennoch nicht allein diejenigen Handlungen und Contracte, welche in denen Gerichten selbst, sondern auch die so ausser Gerichte anfänglich geschlossen, nachgehends aber dem Richter zur Confirmation übergeben, und von selbigem bestätiget worden, pro judicialibus zu halten seynd; So mag auch gegenwärtige Ehestiftung als eine gerichtliche Handlung wohl bestehen.

V.

Pactum simulate, tertii cuiusdam decipiendi causa, initum, servari debet, quatenus decepto huic prodest.

Non ita diu est, quod JCtis Helmstadiensibus iste casus offerebatur. Iuvenis quidam nuptias puellæ opulentioris ambiebat, at non sine metu repulsæ, quod ipsi res familiaris admodum tenuis esset. Vt igitur sponsam parentesque eius sibi conciliet, matri suæ persuadet, ut hæc ipsi ingentem pecuniæ summam ex patrimonio suo polliceatur. Annuit mater. Conficiuntur signanturque tabulæ dotales. Magnifica matris promissio illis inseritur, qua illecta puella se resque suas juveni ambienti permittere non dubitat. At eodem, quo hæc publice fiunt, tempore sponsus matri suæ, ignara sponsa, chirographum tradit, in eoque testatur, promissionem istam matri fraudi non futuram, & nihil se suosque ab ea unquam petituros esse. Post hæc interiectis aliquot annis maritus moritur, quem mox mater sequitur. Vidua igitur a socrus suæ heredibus usuras promissæ in tabulis dotalibus pecuniæ petit. Hi chirographum defuncti mariti obtendunt. Quæritur quid juris? Apparebat, to-

tam istam promissionem non serio, sed simulate & dicis causa factam fuisse. Videbatur itaque locum invenire debere Modestini dictum, qui in L. 54. *de Obl. & act. Contractus*, ait, *imaginarii juris vinculum non obtinent*, *cum fides facti simulatur*, *non intercedente veritate*; & Imperatorum constitutio, qui in L. 21. *C. de Transactionibus*: *Quæ simulate*, inquiunt, *geruntur*, *pro infectis habentur*. Adde L. 6. *C. Si certum pet.* Verum enim vero istæ leges omnes de ipsis paciscentibus loquuntur, ut scilicet quod ad hos pactum simulatum sit irritum, nullamque producat actionem. At quod ad tertium, cuius decipiendi causa pactum initum est, illud utique vires habet, & ei jus agendi tribuit. Neque enim exceptio simulationis seu factæ in continenti remissionis ipsi opponi potest, cum hæc propriam allegantis turpitudinem contineat, adeoque in præiudicium tertii non admittatur, *l.* 30. *C. de Transact. l.* 4. *C. de Revoc. donat.* Poteris huc applicare L. 48. *de Jure dotium*, ubi socer, qui specie futuræ dotis induxit generum, &, cum sciret, se præstare promissa non posse, id egit, ut genero insidiaretur, nihilominus, amisso beneficio competentiæ, in solidum conveniri posse dicitur. Sic itaque pronunciarunt JCti Helmstadienses mense Aprili anni cIↃ IↃ CCXV: Die vornehmste in dieser Sache vorkommende Frage gehet dahin: ob Klägerin die Zinsen der ihrem verstorbenen Ehemann von dessen Mutter in der Ehestiftung versprochenen 1500 Rthlr. fodern könne? Beklagter läugnet solches unter dem Vorwand, daß dieses Versprechen der Mutter hinterlistig abgeschwatzet, derselben aber nachgehends von dem Sohn so wol expresse durch einen ausgestellten Revers, als tacite, da er niemahlen was gefodert, erlassen worden; bey welcher Bewandniß es das Ansehen gewinnet, ob hätte Beklagter von solcher Foderung los gesprochen werden sollen. Alldieweil aber aus allen Umständen deutlich hervor scheinet, daß die Mutter sich nicht so wol zu dem

Versprechen verleiten lassen, als vielmehr mit ihrem Sohn die Intention gehabt, durch dergleichen simulirte hohe Ehesteuer die Klägerin zu Eingehung der Ehe und gleichmäßiger favorablen pactorum dotalium zu bewegen; dergleichen simulation aber, welche contra bonam fidem und bonos mores laufet, nicht zu dulden ist; So haben wir dafür gehalten, daß dieses der Klägerin Suchen wol gegründet sey.

VI.

Combustio chirographi a creditore facta est species pacti de non petendo.

Creditor, dum chirographum debitori suo reddit, vel illud cancellat, eo ipso pactum de non petendo init. L. 2. §. 1. *de Pactis*, *L.* 24. *de Probationibus*. Quæritur itaque, an, si tacitus id comburat, debitum etiam remittat, adeo, ut, si quid deinde exigat, exceptione pacti de non petendo repellatur? Affirmamus. Eadem enim combustionis, quæ cancellationis, ratio est, dummodo utramque creditor non casu fortuito, sed consulto fecerit. Ceterum exstant in historiis illustria huiusmodi combustionum exempla. Omnium celeberrimum est Hadriani Imperatoris, qui teste *Aelio Spartiano cap.* 6. infinitam pecuniam fisco debitam remisit, syngraphis debitorum in foro incensis. Cuius munificentiæ memoria ut conservaretur, numi, quorum aliqui adhuc extant, percussi sunt, in quibus Hadrianus stans & dextra facem, qua syngrapha adurit, tenens conspicitur, hac inscriptione: RELIQVA VETERA HS. NOVIES MILL. ABOLITA. Quam summam merito infinitam vocat Spartianus. Nam ut *Tilladet dans l Histoire des Empereurs tom.* 2. observat, *des personnes habiles*, *qui ont reduit cette remise à la valeur des monnoyes de notre temps*, *la font aller à* 22. *millions* 500000. *ecus d'or.* Mirifica quoque liberalitas

 fuit

fuit Fuggerorum, qui Carolum V. Cæsarem Augustæ Vindelicorum apud eos divertentem lautissime exceperunt, & inter ceteras delicias, Cæsare ad caminum assidente, ignem cinnamomo aluerunt, in eumque chirographum Imperatoris, quo ingentem se illis pecuniam debere fassus erat, conjecerunt. Recentius adhuc exemplum *Baylius in Dictionario art. Hadrien. lit. H.* memorat. Legati scilicet Venetorum, præsente & inspiciente Henrico IV. Galliarum rege, chirographa aliquot eius, quibus se debitorem plurium summarum reipublicæ constituerat, combusserunt. Tum Henricus subridens, se nunquam pulcriorem ignem vidisse, dixit. Poterit huc referri, quod *Plutarchus in Agide* narrat, divites videlicet & fœneratores apud Lacedæmonios tabulas, quibus debitorum nomina continebantur, omnes in forum comportare jussos, hisque coacervatis deinde ignem iniectum fuisse. Sed ita quidem debita remittebantur, verum invitis & frendentibus sine dubio creditoribus.

VII.

In statu civili justa pactum rescindendi causa non est, quod alter, cum promisi, mihi aliquando fidem datam non servavit.

VIII.

Sed inter liberos principes & gentes per modum represaliarum hoc licet.

Non permittunt leges nostræ, propterea fidem datam fallere, quod is, cum quo nunc pacti sumus, in alio pacto eam fefellit, &, quæ ipse tunc promiserat, non servavit L. 6. C. *de Transactionibus, L. 14. C. de Resc. vendit.* Et recte quidem. Neque enim privatis licere debet, ut sibi ipsis jus dicant & violatam sibi fidem alia perfidia ulciscantur,

tur, cum ad hoc judicia constituta & actiones proditæ sint. Aliud est in liberis gentibus, quæ cum remedium aliud jus suum persequendi non habeant, recte bello & represaliis invicem utuntur, uti in *Specim. XXX. Meditatione IV.* ostendimus. Poterit ergo princeps, cui aliquando vicinus princeps fidem non servavit, vicissim pactum cum hoc initum tamdiu non implere, donec ille vel promissa adhuc præstet, vel, si præstare in præsens non possit, alio modo satisfaciat. Imprimis hoc inter belligerantes frequens est. Etsi enim & pacta cum hoste inita servanda sint, tamen, si hostis ea, quæ nobis pollicitus est, non implevit, neque nos ad nostra promissa facienda obligamur. Tum enim locum habet illud Æneæ apud *Virgilium lib.* 10:

- - belli commercia Turnus
Sustulit ista prior - -

Innumera exstant eius rei exempla. Vnum afferemus, quod nostra ætate, anno scilicet CIϽ IϽ CXCV. contigit. Galli cum Anglis Batavisque pacti erant de captivis pro certo pretio dimittendis, quod pactum vulgo *Cartell* vocatur. Sed Galli, expugnatis Dixmuda & Deinsa, præsidiarios milites, quos ibi ceperant, reddere recusabant. Tum magnæ Britanniæ Rex, cum, redacto in potestatem eius Namurco, præsidium urbis & præfectus eius Buflerius discessum liberum stipularetur, annuit quidem postulatis; ast deinde nihilominus Buflerium magnopere indignantem retinuit, nec prius dimisit, quam Galli milites detentos e custodia liberassent.

COROLLARIA.

1 Creditor, qui duo exemplaria chirographi habet, unumque ex his debitori reddit, alterum vero retinet, debitum remisisse non

censetur,

censetur, arg. *l. 25. pr. de Probat.* Dissentiunt *Bachovius ad Treutl. vol. 1. Disp. 6. §. 3. lit. B.* verbis: *Sin autem plura, & Lauterbach in Compendio D. tit. de Pactis.*

2 Creditor, pui pignus debitori reddit, non videtur debitum nec jus pignoris remisisse, sed saltem usum eius concesisse arg. *L. 6. §. 4. de Precar.* & *L. 9. C. de Remiss. pign.* Dissentit idem *Lauterbach. c. l.*

3 Judæus Christianum pro homine proprio & servo mercenario habere potest. *c. 2. X. de Judæis.* Nec obstat *tit. C. Ne Christ. manc. hæreticus vel Judæus.*

SPECIMEN XLIII.
MEDITATIONUM AD PANDECTAS
AD LIB. III. TIT. XIV.
DE
PACTIS SUCCESSORIIS

PUBLICE DEFENSUM

AB

ENGELHARDO DIETERICO BENNING,

VERDENSI.

D. XX. JULII. ANNI CIƆ IƆ CCXV.

I.

Causa, quæ Romanos ad prohibitionem pactorum successoriorum permovit, est metus insidiarum.

II.

Incredibilis Romanorum improbitas, qua vitæ eorum, quorum hereditatem sperabant, insidiabantur & varia contra illam remedia excogitata recensentur.

Pacta

acta successoria sive de hereditate viventis inita legibus Romanis prorsus fere, si paucissimos casus excipias, prohiberi, nemini incognitum est. Vide L. 4. *C. de Inutilibus stip.* & *L.* 15. *C. de Pactis.* Cuius prohibitionis inter Germanos usum dum investigare volumus, necesse est, ut ante omnia causam requiramus, quæ Romanos ad illam prohibitionem impulerit. Hæc unica est. Frequentia scilicet periculorum, quæ ex istis pactis oriebantur contra vitam eorum, de quorum hereditate ea inita erant. Et hinc est, quod pacta illa in *l.* 30. *C. de Pactis* plena tristissimi & periculosissimi eventus esse & votum captandæ mortis inducere dicuntur. Summa nempe erat hac in parte Romanorum improbitas, ut illi, cui se successuros certo sciebant, non solum mortem optarent, sed & ferro, veneno aliisque artibus spem suam promoverent. Non extranei tantum, sed fratres fratribus, liberi parentibus, &, quod incredibile nostro seculo videbitur, parentes liberis ob hanc causam insidias struebant. De matribus id *Juvenalis in Satyra VI.* testatur:

Vos ego, pupilli, moneo, quibus amplior est res,
Custodite animas, & nulli credite mensæ.
Livida materno fervent adipata veneno.
Mordeat ante aliquis, quidquid porrexerit illa,
Quæ peperit, tumidus prægustet pocula papas.
Nos utinam vani. Sed clamat Pontia: feci,
Confiteor, puerisque meis aconita paravi,
Quæ deprensa patent, facinus, tamen ipsa peregi.
Tunc duos una sævissima vipera mensa?
Tunc duos septem, si septem forte fuissent?

Atque hinc videmus, non vanum esse, quod Constantinus in L. 22 *C. de Administratione tutorum*, matres secundo nubentes plerumque novis maritis non solum res filiorum, sed etiam vitam addicere, affirmat. Nec matres liberis jam na-

tis

tis ſaltem, verum in utero exiſtentibus etiam lucri cauſa inſidiabantur. Refert certe ex Cicerone Tryphoninus in L. 39. *de Pœnis*, mulierem gravidam a marito relictam partum ſibi, accepta ab heredibus poſthumo ſubſtitutis pecunia, abegiſſe. Quæ cum matres peregerint, nemo de extraneis dubitabit. Infinita de iis exempla afferri poterant. *Seneca lib.* 6. *Controv.* 4. in caſu, quo uxor, quæ maritum heredem ſcripſerat, veneno occiſa deprehenditur: *Nolite*, inquit, *mirari*, *ſi tam efficax venenum. Heres eſt qui dedit.* Galba apud *Suetonium in vita eius cap.* 9. tutorem, quod pupillum, cui ſubſtitutus heres erat, veneno necaſſet, in crucem ſuſtulit. Neque moris tantum erat, veneno aut ferro occidere. Solebant ſecurius alimenta aut medicamenta ægrotantibus denegare *l.* 3. *de his*, *quæ ut indignis*. Quibus frequentiſſimis malis ut occurerent & mederentur Romani, multa ſingularia conſtituerunt. Namque 1) noluerunt, ut educatio pupilli facile ei committeretur, qui proximam habet ſuccedendi ſpem, licet ipſe pater hoc juſſiſſet L. 1. §. 1. *D.* & *l.* 2. *C. Vbi pupill. educari.* Deinde 2) patri, qui filio impuberi, ſi is intra pubertatem deceſſiſſet, heredem ſubſtituere volebat, permiſerunt, hanc ſubſtitutionem in inferioribus tabulæ partibus ſcribere, eamque partem proprio lino propriaque cera conſignare, & in priore parte teſtamenti cavere, ne poſteriores tabulæ, vivo filio & adhuc impubere, aperiantur. Ita enim filius inſidias ſubſtituti, qui ſe ſubſtitutum neſciebat, evitabat, §. 3. *I. de Pupill. ſubſtit.* Tum 3) voluerunt, ut is, qui impuberem arrogabat, ne forte ſpe potiundæ hereditatis illum necaret, eidem non ſuccederet, ſed omne eius patrimonium proximis agnatis reſtitueret, *l.* 18. 19. 20. *de Adopt.* Denique 4) prohibuerunt, ne cui libera teſtandi facultas adimeretur, aut pacto imminueretur, ſed unicuique facultas corvos, uti a *Petronio in Satyrico* heredipetæ iſti vocantur, hereditati ſuæ inhiantes eludendi relinqueretur.

III. *In*

III.

Insidiæ hereditatis causa hodie rarissime struuntur, & inter Germanos fere sunt incognitæ.

Postquam Romana respublica florere desiit, insidiæ quoque istæ frequentes esse desierunt. Non tamen plane cessarunt. Aliqua enim in historiis reperias exempla insidiarum ab indubitatis successoribus & heredibus ei, de cuius successione agebatur, structarum. Sed rara illa sunt & fere omnia extra Germaniam nostram contigerunt. Præ ceteris populis Itali maxime, maiorum suorum vestigia secuti, aliquot improbitatis eius specimina ediderunt. Ex quibus duo saltem in præsens afferemus. Unum est Alexandri VI. Pontificis, qui cum Valentino filio secundum *Guicciardinum historiarum sui temporis lib. 6. p. m.* 550. Adriano Corneto, Cardinali opulentissimo, cuius hereditati inhiabat, venenum in convivio instructo propinandum paraverat, per imprudentiam autem pocillatoris ipse exhausit, atque interiit; simile prorsus ei, quod *Lucianus in Dialogo Zenophontæ & Callidemidæ* refert, exemplo. Alterum est Ludovici Sfortiæ, qui, testibus eodem *Guicciardino lib.* 1. *& Joviano Pontano de Prudentia l.* 4. Joannem Galleatium, fratris filium, ducem Mediolanensem, cui succedere debebat, veneno sustulit. Sed hæc exempla, ut diximus, & rara sunt, & fere omnia externa. Inter gentes enim ad septentrionem positas inauditum fere, priscis maxime temporibus, hoc scelus fuit, nec in recentioribus annalibus nisi paucissima eiusdem exempla reperire licebit.

IV.

Cessant igitur apud Germanos remedia illa contra insidiatores illos inventa.

V.

Valent quoque inter Germanos pacta successoria, atque ex iis in instrumentum redactis summariter ad possessionem hereditatis consequendam agi potest.

Cum itaque ratio, quæ Romanos ad multa singularia jura constituenda impulit, frequentia scilicet periculorum ex certa succedendi spe oriundorum, inter Germanos cesset, cessant etiam ipsa illa singularia jura & remedia, quæ contra insidias istas inventa sunt. Sic prohibitio illa, quæ in *l.* 1. §. 1. *D.* & *l.* 2. *C. Ubi pupillus educari* sit, ne educatio pupilli proximo eius successori committatur, hodie prorsus non attenditur, sed plerumque pupilli apud eos, qui indubiam succedendi spem habent, educantur. Deinde cautionis eius, quæ in §. 2. *I. de Pup. subst.* præscribitur, adhibitæ exemplum nullibi, quod nos meminerimus, occurrit. Denique, quod potissimum malitiæ huius coercendæ gratia repertum est, ne quis scilicet indubiam succedendi spem haberet, sed ut cuique plena testandi & proximum heredem excludendi libertas relinqueretur, hodie non observatur amplius. Inauditum apud Romanos erat, homini libero & puberi, si delictum nullum commisisset, testandi facultatem adimi. At Germanica jura eam adimunt nonnunquam. In iis certe terris, quæ jure Saxonico utuntur, uxores, opulentissimæ licet, pleræque intestabiles vivunt. Cum enim paucæ ex illis bona immobilia habeant, mobilia vero omnia post mortem earum ad maritos devolvantur, quibus illa auferri nequeunt, nihil superest, de quo uxor Saxonica mortis causa disponere possit. Imprimis vero apud Germanos cessat prohibitio, ne quis sibi per conventionem testandi facultatem adimere, atque certam succedendi spem in alterum transferre possit. Verum hodie omnia pacta successoria, quæ modo ex alia ratione cum legibus

gibus

gibus non pugnant, valent. Neque opus eſt, ut cum DD. inter pacta ſucceſſoria affirmativa & negativa, item conſervativa, adquiſitiva, diſpoſitiva & renunciativa diſtinguamus, cum quemadmodum diximus, jure Germanico omnia pacta ſucceſſoria in genere valeant. Suſtulit jam prohibitionem illorum Leo Imperator in *Novella* 19. quam quidem *Strykius in Uſu moderno tit. de Pactis* §. 13. tantum ad pacta dotalia reſtringit, ſed minus accurate, cum Leo in genere declaret, nolle ſe, ut pacta de hereditatibus inita reſcindantur. Sed hæc obiter. Nolumus enim ſententiæ noſtræ præſidium ex Novellis Leonis petere. Alia nobis ſuppetunt argumenta, quibus eam ſtabiliamus. Præcipuum eſt defectus rationis, quæ Romanos, ut pacta ſucceſſoria interdicerent, impulit. Alterum conſtans Germanorum & ante & poſt receptionem juris Romani conſuetudo de hereditatibus paciſcendi. Qualem conſuetudinem ante Romani juris introductionem fuiſſe, nec ipſe *Strykius de Succeſſione ab inteſtato diſſ.* 8. *c.* 1. §. 5. diffitetur, etſi is de cetero a nobis diſſentiat, dum, pacta ſucceſſoria generaliter valere, negat. Recentiorem vero conſuetudinem nemo in dubium vocare poteſt, qui modo parum in foris Germaniæ verſatus eſt. Quis enim ignorat, unionem prolium tale pactum eſſe, quo parentes ſibi teſtandi facultatem adimunt? *Schilter. Ex. ad D.* 4. *coroll.* 1. Pacta etiam dotalia quotidie inter coniuges de ſucceſſione in omnia bona ineuntur, quorum revocatio tamen non permittitur. Nec eſt, quod dicas, ſingulare hoc in unione prolium & pactis dotalibus eſſe, quod ad alia pacta extendi non debeat. Nullum quippe videmus diſcrimen. Eadem, quæ in unione prolium & pactis dotalibus verſatur, ratio alibi quoque valet, quod videlicet æquum ſit, promiſſum & fidem datam ſi cum bonis moribus non pugnet, ſervare. Nec deeſt nobis conſenſus ſummorum JCtorum, qui pacta ſucceſſoria univerſali Germa-

niæ consuetudine sustineri, asserunt, assertumque suum rerum judicatarum auctoritate confirmant, ex quibus in præsens *Struvium Exerc.* 38. §. 47. *Schilterum Exerc.* 8. §. 40. *& Bergerum in Oeconomia juris lib.* 2. *tit.* 4. §. 48. *n.* 1. *p.* 482. memorabimus. Aliarum quoque gentium mores cum nostris hac in parte conspirare, *Gronewegius de Legibus abrogatis ad L.* 15. *C. de Pactis* &, quos ille longe seria nominat, DD. testantur. Unum videtur restare contrariæ opinionis patronis præsidium. Aiunt nempe, pacta illa eatenus adhuc hodie contra bonos mores esse, quod efficiant, ut is, cui alterius hereditas promissa est, mortem promittentis exspectet, optetque improbo certe voto. Verum enim vero hoc vitium est non pacti, sed hominum, quod tamen ad improbanda penitus pacta ista non sufficit. Nam si sufficeret, tota quoque doctrina de successione ab intestato, item de legitima, ex qua etiam non raro improba eiusmodi vota oriuntur, tollenda esset. Recte igitur JCti Vitembergenses versus Halberstadium mense Martio anni CIↃ IↃ CCX. responderunt: daß nach denen heutigen durch gantz Teutschland eingeführten Rechten die successiones universales nicht allein durch Testamente, Codicille und Schenckungen auf den Todesfall, sondern auch per contractus und pacta inter vivos hinterlassen werden können. Eundem in modum JCti Helmstadienses mense Junio anni CIↃ IↃ CCXVI. responderunt: wird zu wissen verlanget, ob die Beylage sub A. vor ein wahrhaftes Testament zu achten und vermöge desselben denen Pichtischen Kindern die possession ex L. ult. C. de edict. D. Hard. toll. zu adjudiciren sey. Nun stehet zwar dem angeführten Auffsatz unterschiedenes im Wege, weshalben selbiger vor kein wahrhaftes Testament geachtet werden mag, immassen es nicht allein darinnen an einer rechten Erbeinsetzung, welche doch das Hauptstück eines Testaments ist, ingleichen an der nothwendigen Einladung und Certioration der Zeugen, daß sie zu

Verser-

Verfertigung eines Testaments zusammen berufen worden, ermangelt, sondern auch gantz andere und fremde Handlungen und Contracte, welche sonst ein an sich gültiges Testament vernichten und unkräftig machen, *L.* 21. §. 3. Qui testam. facere poss. eingemischet worden; Wannenhero besagter Aufsatz unmöglich als ein Testament bestehen, noch denen Pichtischen Kindern das remedium L. ult. C. de Edict. D. Hadr. toll. daraus zukommen kan. Alldieweil aber in vielberührtem Instrumento eigentlich ein pactum successorium enthalten ist, worinnen Nicolaus Picht gegen Catharinen Pichtin wegen des von ihr erhaltenen Hauses sich verreversiret, solchen Revers auch nicht absonderlich, sondern, wie es aus allen Umständen erscheinet, Krafft gegenwärtigen Instruments in Beyseyn der unterschriebenen Zeugen ausgestellet, und vermittelst selbigen seine gantze Erbschaft der Pichtin Kindern zu hinterlassen versprochen, dergleichen pacta successoria denn in gantz Teutschland gültig seynd, und denenjenigen, so sich darinnen gründen, eben das Recht, welches ein eingesetzter Erbe aus dem Testamente hat, geben; So mag die Beylage sub A. zwar nicht als ein vollkommenes Testament, jedoch als ein pactum successorium, bestehen, und in Erwegung, daß es ein Instrumentum liquidum, denen Pichtischen Kindern zu Erlangung der Erbschaft und deren possess gar wol dienen.

VI.

Pactum a testatore de non mutando testamento suo initum valet & tollit facultatem aliter testandi.

VII.

Utile est huiusmodi pactum in testamentis reciprocis, non tamen tacite subintelligitur.

Jure Romano clausula derogatoria testamento adiecta, qua videlicet testator facultatem sibi adimit, factum testamentum revocandi, plane inutilis est. Ambulatoriæ enim sunt ultimæ hominum voluntates usque ad vitæ supremum exitum L. 4. *de Adimendis vel transf. legat.* At jure Germanico firmum est & immutabile testamentum, cui hæc clausula per modum pacti adiecta est. Dicimus: per modum pacti. Simpliciter enim a solo testatore addita effectum non habet, cum nemo sibi ipsi possit legem dicere, a qua recedere nequeat. L. 22. *pr. de Legatis* 3. Necesse itaque est, ut alius concurrat, cui per clausulam istam promissio de non mutando fiat, quique eandem promissionem acceptet. Tale enim pactum, cum nihil inhonesti contineat, jure Germanico per sæpius memoratam consuetudinem, quo omnia pacta honesta sustinentur, utique valebit. Agnoscit hoc nobiscum *Brunnemannus ad l. 22. de Legatis 3. n.* 9. Agnoscunt idem *Strykius in Cautel. testamentorum c.* 24. §. 23. & *Schilterus Ex. ad D.* 39. §. 58. atque coniugibus, qui reciproca testamenta condunt, hanc utilissimam cautionem præscribunt, ut invicem sibi stipulentur, se omnia in testamentis suis contenta irrevocabiliter servare velle. Qualis mutua promissio non, ut dicti auctores existimare videntur, saltem coram judice & actis, sed & extra judicium recte fit. Expresse tamen adjici debet pactum de non revocando. Neque enim tacite subintelligitur, sed regulariter utique liberum est, dispositionem suam, ignorante etiam vel invita altera parte, mutare. Dissentit quidem *Titius ad Lauterbachium Observ.* 867. atque hanc sententiam candori Germanorum parum convenire, & mutandi facultatem ab impostura, cuius JCtos nostros merito pudere debeat, absolvi non posse existimat. Verum apposite ei respondet *Carpzovius P.* 3. *C.* 7. *def.* 21. alterum sibi imputare debere, quod testamentum reciprocum elegerit, nec lege vel conditione

expresse

expresse adiecta sibi suisque prospexerit, cum scire debuisset, omnes ultimas voluntates obnoxias esse mutationi. Impostor certe non est, qui jure sibi a legibus concesso utitur.

IIX.

Pacta successoria feudo, quæ vulgo exspectativæ dicuntur, bonis moribus non repugnant.

IX.

Dominus de feudo inter duos controverso unum licite investit, licet invito vel ignorante possessore, modo huic jus suum reservetur.

Exspectativæ seu investituræ de feudo nondum aperto concessæ nihil aliud sunt, quam pacta successoria. Atque hæc tamen licite fiunt. 2. *F.* 26. §. *Majoribus.* Equidem non desunt, qui exspectativas istas bonis moribus repugnare autument, inter quos omnium delicatissimus est Hieronymus Schurffius, qui apud *Modestinum Pistoris vol.* 1. *conf.* 8. *Cum quidam,* inquit, *princeps ante multos annos volebat me de feudo, per vasallum possesso, sub tali conditione investire, ego nolui, quia, cum scirem, me hominem miserum & peccatorem esse, difficulter me potuissem continere, quod non affectassem mortem talis vasalli. Et ideo dicta jura, scilicet* 1. *F.* 27. & 2. *F.* 26. §. Moribus *non immerito reputantur odiosa. Tamen, quia ista jura recepta sunt, ab iis non receditur. Pii tamen & viri bonarum conscientiarum vix laborant, ut taliter investiantur in feudis nondum apertis sub hujusmodi conditionibus. Bonarum enim mentium est, timere culpam, ubi culpa minime reperitur, ut inquit B. Gregorius. Sed pauci sunt, qui illa curant propter nimiam avaritiam omnia excæcantem.* Verum ad hunc, quem Schurffius injicit, scrupulum tollendum ea, quæ jam supra *in fine Meditationis*

nis IV. diximus, sufficient, scilicet votum illud mortis, quod nonnunquam ex concessione exspectativæ oritur, vitium non pacti ipsius sed hominum esse. Quapropter tales investituras, quoties lites de iis oriuntur, validas semper pronunciamus, nec attendimus, quod vasallus possessor in eas non consenserit, vel etiam aperte contradixerit; dummodo investitura non pure facta, sed conditio illa, si feudum aperiatur, expresse vel tacite adiecta sit. *Hornius in Jurisprud. Feud. c.* 12. §. 6. Sic JCti Helmstadienses mense Octobri anni CIↃ IↃ CCXII: investituram talem super feudo, de quo possessori controversia mota erat, pendente lite factam, sed cui clausula, salvo cuiuscunque jure, adiecta fuerat, validam judicarunt; Hat Heliodorus de Tudeschis die Geschwistere der de Tudeschis wegen der von ihrem Vater herrührenden Lehn-Güter actione feudi revocatoria belanget, auch es unter währendem Proceß dahin gebracht, daß der jetzt regierende Herr von Libanien, Anastasius, ihn würcklich mit den streitigen Güthern belehnen lassen; da denn die Frage erwächset, ob dieses Verfahren zu Recht bestehen könne. Nun wird zwar dagegen eingewendet, daß diese Lehns-Reichung zum Nachtheil der Geschwister de Tudeschis, welche die streitige Güther annoch besitzen, angesehen, auch ohne dieselbe dagegen mit ihrer Nothdurft zu hören, vorgenommen sey. Dieweil aber Fürst Anastasius die Belehnung nicht anders, als, salvo cuiuscunque jure, vorgenommen, folglich denen Geschwistern de Tudeschis keinen Eintrag gethan, sondern ihnen ihr Recht vorbehalten, bey welcher Bewandniß dieselbe kein jus contradicendi haben; So mögen die Geschwister de Tudeschis die von Fürst Anastasio an Heliodorum de Tudeschis, salvo cuiusque jure, geschehene Belehnung nicht umstossen.

COROL-

COROLLARIA.

1 Pactum inter Reges Magnæ Britanniæ & Galliæ nec non Ordines Belgii fœderati de dividendo Hispaniæ regno in fine seculi superioris initum, quod vulgo der Partage-Tractat vocatur, subsistere non poterat.

2 Testamentum a patre, qui liberis suis promisit, se nihil ex bonis suis in extraneum translaturum esse, conditum nullius momenti est.

3 Pater filium ob atrocem iniuriam illatam exheredare nequit, si super iniuria ista cum filio transegit.

4 Disputatur inter DD. utrum pacta successoria ad donationes mortis causa, an inter vivos sint referenda. Prius operose asserit *Eusebe de Lauriere*, qui nuper Parisiis libellum *des Institutions & des Substitutions contractuelles* edidit. Nos posterius tuebimur.

SPECIMEN XLIV.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. II. TIT. XIII.

DE

VARIIS PACTORVM SVCCESSORIORVM GENERIBVS

PVBLICE DEFENSVM

A

HARTMANN SAMVEL KREBS,

HASSO - DARMSTADINO.

D. X. AVGVSTI ANNI CIↃ IↃ CCXV.

I.

Distinguuntur pacta successoria, quod alia per modum contractus, alia in vim ultimæ voluntatis ineantur.

II.

Pacta successoria in vim ultimæ voluntatis condita ab uno paciscente, invito altero, licite revocantur.

on infrequens est in foro quæstio, utrum pacta successoria ab uno etiam paciscentium, invito & ignorante altero, revocari mutarique queant. Neganda ea esse videbatur, si simplicitatem juris naturæ, quam jus canonicum & mores patrii sequuntur, & qua omnia pacta honesta servari jubentur, spectes. Hic vero usus judiciorum a simplicitate illa recessit, atque subtilitatem aliquam ex jure Romano invexit. Distinguunt videlicet DD. inter pacta successoria, quæ per modum conventionis seu contractus, & ea, quæ per modum ultimæ voluntatis ineuntur. Illa vocant, quando paciscentes verbis obligatoriis in pactis & contractibus inter vivos adhiberi solitis utuntur; hæc, quando verba in testamentis & aliis ultimis voluntatibus consueta, e. g. erben, Erbschaft, reperiuntur. Qua de re vide plura *in Carpzovio P.2. C.*43. *def.* 10. *Strykio in Cautelis contractuum Sect.*3. *c.*8. §.18.19.20. *Bergero in Resolutionibus Lauterbachianis pag.* 543. Illa itaque, quæ per modum conventionis inita sunt, immutabilia esse, aiunt, hæc autem, quæ in vim ultimæ voluntatis conficiuntur, obligationem nullam producere, adeoque pro lubitu mutari & revocari posse, perhibent, argumento ex *l.* 32. §.3. *de Donat. inter vir. & uxor.* nec non *l.* 30. *de Donat. mortis causa* ducto, ubi ultima hominis voluntas ambulatoria usque ad mortem esse dicitur. Quantumvis vero hæc distinctio paululum indoli juris Germanici repu-

gnare

gnare videatur, ex Jure Romano tamen defendi poteſt, quippe quod pacta eiusmodi, in vim ultimæ voluntatis condita, adeoque non obligatoria, ſed revocabilia, haud ignorat, quemadmodum ex donatione mortis cauſa, qualis in omnibus pactis ſucceſſoriis in vim ultimæ voluntatis confectis ſubeſſe videtur, apparet. Vſu certe fori recepta eſt illa diſtinctio non ſolum in pactis dotalibus, ſed & in aliis pactis ſucceſſoriis. Ita certe reſponderunt JCti Vitembergenſes menſe Aprili anni CIↃ IↃ CCXI: Iſt euer Bruder, Chriſtian Hentze, verſtorben, und hat euch in ſeinem aufgerichteten letzten Willen zum Erben ſeines gantzen Vermögens, und darunter auch derjenigen Gelder, welche er von euch ſelbſt wegen ſeines euch verkauften Antheils an denen väterlichen Güthern zu fodern gehabt, eingeſetzet. Weil aber die andern überlebende Geſchwiſter damit nicht zufrieden ſeynd, ſondern Klage dieſer Kauf-Gelder halber wider euch angeſtellet, ſo wollet ihr, ob und wie weit dieſes ihr Suchen gegründet, des Rechtens belehret ſeyn. Ob nun wol in dem zwiſchen euch und euren ſämtlichen Geſchwiſter über die vom Vater hinterlaſſene unbewegliche Güther aufgerichteten Kauf-Contract wegen der rückſtändigen Kauf-Gelder, welche ihr als Käuffer einem jeden von ihnen auf gewiſſe Tage-Zeiten zu zahlen verſprochen, dieſes ausdrücklich verabredet worden, daß, im Fall eines von denen Contrahenten unverheyrathet verſtürbe, die überlebende deſſen Antheil zu erben hätten, in welchen Worten nicht undeutlich ein pactum ſucceſſorium enthalten, dergleichen denn, vermöge der in gantz Teutſchland eingeführten Rechte und Gewohnheiten, gantz wohl aufgerichtet, und nachgehends von den Paciſcenten durch anderweitige Diſpoſition nicht mag umgeſtoſſen werden, ferner die in dem Teſtamente angeführten Urſachen alſo nicht beſchaffen, daß wegen ſelbiger dem überlebenden Geſchwiſter das per pactum erlangte jus quæſitum entzogen werden möge; Wannenhero es das Anſehen gewinnet, ob ſey die angeſtellte Klage wohl

 gegrün-

gegründet; Dennoch aber und dieweil bey denen pactis successoriis ein grosser Unterscheid zu machen, ob solche per modum contractus, oder aber in vim ultimæ voluntatis aufgerichtet worden, gestalt in dem letzteren Fall, wenn nemlich die Paciscenten sich des Wortes Erben, Erbschaft, oder dergleichen bedienen, denenselben jederzeit, davon wieder abzugehen, und eine andere Disposition zu machen, frey stehet; bey welcher Bewandniß, und da in dem obangeführten pacto euer Geschwister das Wort Erben gebrauchet, der Mitpaciscente, Christian Hentze, keinesweges dadurch also gebunden worden, daß er nicht durch einen anderweit gefertigten letzten Willen dieses pactum wieder aufzuheben, und euch zum völligen Erben einzusetzen befugt gewesen; So hat die von eurem Geschwister wider euch erhobene Klage nicht statt. Cui responso cum non acquiescerent actores, sed institutum judicium continuarent, Scabini Lipsienses, actis ad se transmissis, mense Junio anni cIↄ Iↄ ccxi. eundem in modum, actionem videlicet locum non habere, judicarunt. Sed de hoc argumento plura intra, ubi de pactis dotalibus agetur, dicemus.

III.

Pacta successoria in muneribus Ecclesiasticis sunt illicita.

Non ita diu est, quod in actis ex Ducatu Clivensi ad Collegium nostrum missis pactum aliquod de successione in munere Ecclesiastico initum reperiremus. Cujus validitatem ut melius examinare queamus, ipsa, quibus conceptum erat, verba huc transcribemus: Wir nach beschriebene Eingepfarrte zeugen und bekennen hiermit vor uns und unsere Nachkommen, daß in Ansehung der Treue und Fleisses, welche sowol jetziger noch lebender Pastor hieselbst, Herr M. G. D. als dessen in officio antecessor und selig verstorbener Vater,

Herr

Herr A. D. in Verwaltung des ihnen anvertrauten geistlichen Amtes bey hiesiger Gemeinde zu aller Zeit bewiesen, mit reifem Vorbedacht und gutem Willen uns dahin aus Dankbarkeit verpflichtet haben, daß auf den Fall, da nach Gottes Willen vorgedachter Pastor D. mit Tode abgienge oder sonsten bey Antretung beschwerlichen Alters demselben gefiele, sich einen Amts-Gehülfen beyfügen zu lassen, wir einen aus dessen Söhnen zum vacirenden Pastorat oder verlangten Adiunction benennen und berufen wollen, daferne anders jemand aus denenselben sich zu sothaner Function wird qualificiret haben, gestalt über desselben nöthige Qualification das Urtheil dem Evangelisch-Lutherischen Ministerio des Amts W. heimgestellet seyn soll, welcher dann in der Massen, wie sein abgelebter Vater, die Einkunft und Abfälle der Pastorat und einverleibten Vicarien S. Crucis tam in substantialibus quam accidentalibus vollenkömmlich und ohne Abziehung allein zu geniessen haben solle. Da aber in casu mortis paternæ noch keiner derselben Söhne zu solchem Alter angewachsen wäre, daß derselbe sofort in die Amts-Verrichtung wiederum eintreten könte, soll der Pfarrdienst per substitutum so lange, bis einer aus denen Söhnen dazu geschickt und bequem gemachet worden, verwaltet werden, welcher Substitutus alsdenn seinen Unterhalt und Belohnung aus Händen der Erben D. zu empfangen haben soll. Wir haben ferner zu noch mehrer Bezeugung unsers Wohlwollens gegen Pastorem D. und dessen Kinder uns verbunden, auch auf diesen Fall, da die Söhne unter einander solten absterben, dahin zu sehen, und es auf alle mögliche Wege dahin zu richten, daß sein Amtsfolger eine aus desselben hinterlassenen Töchtern möge ehelichen. Gleichwie nun vorbesagter Pastor D. sothanes Erbieten der Eingepfarrten mit behörigem Danck auf und angenommen, also hat er wiederum aus danknehmigen Gemüthe die an gesammtem Kirchspiel W. formirte Anfoderung ad 661 Rthlr. fallen und schwinden lassen,

 doch

doch unter Vorbehalt und mit folgender Bedingung, dafern seiner Söhne keiner zum Pastorat solte gelangen, oder an der Succession behindert und von andern verdrungen werden, sodann auch, nach obbemeldtem Abgang der Söhne, der Töchter keine durch Heyrath bey der Pfarr bleiben würde, daß solchen Falls das Kirchspiel W. soll schuldig und gehalten seyn, ohne Widersprache, Ausflucht und Liquidation ferner an die überbliebene Erben Pastoris D. wegen dieser Anfoderung 400 Rthlr. a dato dieses an sammt der Interesse aufrichtig und redlich zu bezahlen. Daß obiges mit einander also ergangen, zugesagt zu halten, und dem steif nachzukommen bey christlichen Treuen versprochen sey, bezeugen wir mit eigenhändiger Unterschrift, haben es auch zu mehrerer Beſtärckung vom Herren Amts-Drosten und Richtern besiegeln und unterschreiben lassen. Vnusquisque videt, pactum hoc ſucceſſorium, a parocho cum parochianis in gratiam liberorum ſuorum initum, non gratuitum, ſed oneroſum eſſe, atque proxime ad contractum innominatum do, ut facias accedere. Quæritur autem, an juſtum ſit & obligationem producat. Equidem, ſi jus naturæ & rectam rationem ſpectes, nihil in eo iniquitatis deprehendes. Etſi enim alicui cum Juſtiniano *in L. 30. C. de Pactis* omnibus pactis ſucceſſoriis naturalem turpitudinem ineſſe credant, nobis tamen eam perſpicere huc usque non licuit. Certe per huiusmodi pacta neque debitus deo honor offenditur, neque reipublicæ ſalus detrimentum accipit, neque privato cuidam jus ſuum aufertur. Igitur nec iniuſta dici poſſunt. Deinde inter leges, quas Deus in ſacro Codice promulgavit, nulla quoque eſt, quæ pactum tale interdicat. Porro jus civile pacta ſuper ſucceſſione tertii cuiusdam inita, ſi tertius hic conſentiat & in conſenſu usque ad mortem ſuam perſeveret, rata eſſe jubet, *L. 3. C. de Pactis*, adeoque & illud, quod modo memoravimus, pactum ſuſtinere vide-

videtur. Verum enim vero jus Canonicum non solum generaliter *in c. 8. X. de Pactis* pactiones omnes & conventiones, pro spiritualibus seu beneficiis ecclesiasticis obtinendis factas, nullius momenti esse jubet, sed & in specie istiusmodi pacta successoria interdicit, &, siquidem incantur, nulla declarat *in c. 2. & 13. X. de Concessione praebendae.* Quod deinde Bonifacius IIX. *in c. 2. de Concessione praebendae in 6.* eatenus extendit, ut nec illa quidem pacta valere velit, quae generaliter, cum facultas beneficium ecclesiasticum conferendi se obtulerit, concipiuntur. Et rationes, ut hoc constituerent, satis graves habuerunt Pontifices, quas ipse Bonifacius paucis verbis complexus est: *Per promissiones*, inquiens, *huiusmodi, quae per importunitatem nimiam, per quam non concedenda multoties conceduntur, & per ambitionem improbatam ut plurimum extorquentur, mortis alienae votum ingeritur, & Ecclesiis ac Praelatis & Personis ecclesiasticis gravamina plurima inferuntur.* Quem locum mirifice illustrat, & singula mala, quae ex pactis his successoriis seu exspectativis ecclesiasticis oriuntur, recenset & explicat *Hornius de Exspectativa Ecclesiastica* §. 11. & 12. Vnum itaque videtur dubium superesse, an prohibitio illa juris Canonici Protestantes etiam obliget. Quod nos affirmare non dubitamus. Etsi enim Pontificis Romani nulla apud nos sit auctoritas, nec leges eius ullum pondus habeant, jus tamen Canonicum non ex Pontificis, sed Imperatoris & Ordinum Imperii, qui illud receperunt & in comitiis Wurtzburgensibus anno CIↃ IↃ CXLI. habitis publica lege apud *Lehmannum in Chronico Spirensi lib. 5. c. 108.* confirmarunt, voluntate valet. Cum isto itaque jure recepta etiam est prohibitio pactorum successoriorum ecclesiasticorum, & adhuc usu servatur, quemadmodum *Finckelthaus de Jure patronatus c. 2. n. 37. Carpzovius lib. 1. Jurisprud. Eccle-*

Ecclesiastic. def. 16. *& Hornius de Exspectativa Ecclesiastica* §. 18. testantur.

IV.

Pacta confraternitatis antiquitus inter Principes inita valent & effectum hodie sortiuntur, etsi Imperator ea in specie non confirmarit.

Pactorum successoriorum classem præcipuam pacta confraternitatis inter principes iniri solita constituunt. Ad quæ ut consensus Imperatoris accedat, necesse est, si quidem de successione in feudum Imperii disponatur. Nam si pacta ista super allodio ineantur, tum consensu hoc non opus erit. Cum autem antiquissimis temporibus Principes Imperii nonnunquam fœdera talia & pacta confraternitatis inconsulto Cæsare fecerint, non infrequens hodie quæstio est, possintne illa effectum sortiri. Negant multi memorantque exemplum Principum Anhaltinorum, quos repulsam olim tulisse perhibent, quum Margaretham Brandenburgensem, exstincto sine liberis Waldemaro Electore, peterent ex pacto, quod Cæsar non probarat. Vide *Itterum de feudis Imperii Cap.* 17. *n.* 10. &, quos ibi longa serie memorat, auctores. Et Rudolphus II. Imp. confraternitatem, quam Saxo, Brandenburgensis & Hassus olim initam anno CIↃ IↃ XXCVII renovarant, sibi oblatam probare distulit, donec diploma Friderici III. Imp. quem ab initio pactum istud confirmasse dicebant, exhiberetur, quomadmodum *Limnæus in addit. ad Jus publ. tom.* 2. *lib.* 4. *c.* 8. *n.* 166. refert. Nos vero etsi hodie talia pacta, sine Cæsaris confirmatione inita, invalida esse fateamur, ea tamen, quæ antiquis temporibus celebrata fuerunt, subsistere & effectum sortiri putamus, quoniam ad illa generalis Imperatoris confirmatio *in Capitulat. Leop. Art.* 6. *Joseph. Art.* 6. *& Caroli VI. Art.* 1. accessit.

accessit. Quod jam ante nos agnovit *Limnæus* in eo, cuius supra mentionem fecimus, loco. Ex hoc itaque fundamento Potentissimi Brunsvicensium Principes, cum pactum confraternitatis a maioribus ipsorum, maxime a Friderico Grubenhagensi cum Erico IV. Lauenburgico anno CIↃ CCC XXIX. initum ideo impugnaretur, quod Cæsaris confirmatio ad id non accessit, sic apud *Franckenbergium* im Europäischen Herold *p.* 515. responderunt: Diese pacta confraternitatis hätten der Kayserl. Confirmation nach damaliger Zeiten Lauf und denen Fundamenten des deutschen Reichs Rechtens nicht bedurft, und wären in denen Reichs-Constitutionen bewähret.

COROLLARIA.

1 Quæritur, an nobiles Imperii mediati pacta confraternitatis seu successoria de feudis suis inire queant. Negat *Brunnemannus ad L. 19. C. de Pactis n. 11.* Nos Affirmamus 1. quia pacta successoria moribus Germaniæ sustinentur; 2. quia per tale pactum, ad quod domini consensus accessit, nullius jus læditur; 3. quia potestas sic paciscendi nobilibus exteris, Gallis, Italisque, conceditur, teste *Gotbofredo ad L. 19. C. de Pactis lit. d.* 4. quia exempla varia maxime in Saxonia exstant, daß 2. adeliche Familien sich einander in die gesammte Hand in ihren Lehn-Güthern nehmen.

2 Sub voce der gemeinen Rechte, quæ sæpe in Constitutionibus Imperii occurrit, jus Canonicum quoque intelligitur, quamvis dissentire videatur *Datt. in Volumine Rerum Germ. lib. 4. c. 1. n. 138.*

3 Debitor obæratus hæreditati sibi aliquando deferendæ in præjudicium creditorum valide renunciat.

SPECIMEN XLV.
MEDITATIONUM AD PANDECTAS
AD LIB. II. TIT. XIV.
DE
PACTIS HEREDITARIIS RENUNCIATIVIS.

I.

Valet hodie renunciatio hereditati viventis facta, non tamen aliter, nisi intercedente jurejurando.



Pacta successoria renunciativa in jure Romano prorsus improbantur atque invalida declarantur *l.* 16. *de Suis & legit. hered.* At sustinentur ea moribus Germanicis, non antiquis solum, quemadmodum ex *Speculo Saxonico lib.* 1. *art.* 13. apparet, sed recentioribus etiam. Ita certe JCti Vitembergenses mense Octobri anni CIↃ IↃ CCIX. responderunt: Dieweil Christoph Z. durch die ad acta gegebene schriftliche Urkunden sattsam dargethan, daß seine Stief-Kinder, so wohl die Söhne als Töchter, mit Beystand ihrer ehelichen Vormünder mit ihm transigiret, sich allen Anspruchs an ihm, nicht allein der väterlichen sondern auch, nach erfolgtem Tode der damals noch lebenden Mutter, der mütterlichen Erbschaft halber völlig begeben, solchen Transact, wenn auch gleich Anfangs derselbe wegen des einen Sohns Minorennität oder andern Umständen nicht allzurichtig gewesen, nachgehends in der Majorennität durch Empfahung der versprochenen Gelder und nochmaligen Renunciationen mit Consens der ehelichen und andern Vormündern ratificirt: So mag Christoph Z. von seinen Stief-Kindern, so

wol

wol derselben väterlichen als auch der mütterlichen Erbschaft halber nicht in Anspruch genommen werden, sondern kan sich dagegen durch gründliche Vorstellung der ihm zukommenden exceptionis transactionis wohl schützen. Cum vero jus canonicum renunciationes huiusmodi non aliter valere velit, quam, si jureiurando corroborentur *c.* 2. *de Pactis in sexto*, acerrima inter JCtos controversia oritur, an moribus Germaniæ jus canonicum receptum sit & jusiurandum ad renunciationes hereditatum necessario requiratur. Nonnulli, qui simplicitatem juris Germanici simpliciter sequuntur, eiusque interpretationem tam extensivam quam restrictivam inepte ex juribus peregrinis desumi, cum *Schiltero Ex. ad π.* 8. §. 40. putant, jusiurandum neque in masculorum neque in feminarum renunciationibus requirunt. Alii jusiurandum quidem masculis, de quibus Pontifex *in all. c.* 2. non agit, remittunt, idem tamen a feminis renunciantibus exigunt. Alii denique cum *Hartmanno Pistoris P.* 4. *q.* 2. 3. 5. & *Strykio de successione ab intestato diss.* 8. *cap.* 10. §. 18. jusiurandum in omni renunciatione hereditatis necessarium dicunt. Neutra ex istis tribus opinionibus ratione sua destituitur. Vltima tamen communis fere est, & voluntati Pontificis, actoris *memorati cap.* maxime convenire videtur. Voluit enim sine dubio Pontifex facilitati hominum prospicere, qui se temere sæpius induci patiuntur, ut lucro futuro, quod longe adhuc abesse videtur, vel gratis vel pro exigua mercede renuncient. At cum jusiurandum præstandum est, tunc deliberato consilio res geritur, atque circumstantiæ omnes attentius considerantur. Quæ ratio efficit ut hodie quoque utile sit, renunciationes hereditatum non aliter, quam si jureiurando confirmentur, ratas haberi. Atque secundum eam sententiam JCti Vitembergenses in illustri controversia responderunt apud *Bergerum P.* 2. *Responso* 249.

II.

Requiritur ad renunciationem hanc corporale jusjurandum, nec sufficiunt verba instrumento renunciationis inserta.

III.

Paciscentes sibi necessitatem hanc jurandi per conventionem remittere non possunt.

IV.

Nobiles obtentu contrariæ consuetudinis inter se introductæ sese ab hoc jurejurando liberare nequeunt.

V.

Renunciatio injurata per ratihabitionem renunciantis ex intervallo factum non confirmatur.

Theses has JCti Helmstadienses in responso quodam mense Octobri anni CIϽ IϽ CCXVI. tam lucide exposuerunt, ut sufficere putemus, verba eius responsi hic adjicere: Hat Titia bey ihrer Verheyrathung in einer darüber aufgerichteten Ehestiftung sich nebst ihrem Bräutigam Sempronio erkläret, keine Ansprache auf ferneren Brautschatz und Aussteuer zu machen, sondern den Todesfall eines Bruders oder Schwester der St. W. Familie zu gute kommen zu lassen, auch, da die Frau Mutter dieses Zeitliche gesegnen sollte, mit der einmahl gehobnen Aussteuer sich zu befriedigen, und auf keinerley Weise das W. Hauß zu demeubliren, oder auf das darinnen befindliche Geräthe oder Silber einige prætension zu machen. Nachdem nun jetzo der älteste Bruder Pompeius verstorben, und Titia nebst Sempronio auf dessen Erbschaft Anspruch machen, so wird zu wissen begehret, ob ihnen diesfalls die angeführte Ehestiftung und darinnen enthaltene Verzicht im Wege stehe. Nun scheinen zwar bey angezogener Verzicht alle nöthige so wol in denen Rechten als von denen Rechtslehrern erforderte Stücke in acht genommen

nommen zu seyn, immassen die Ausstattung, welche unterschiedener DD. Meynung nach vorher gehen muß, allhier gebührend geschehen, hiernächst diejenigen, auf deren Erbschaft renunciiret worden, darinnen consentiret, welchen Consens *Cæl. Bich. Cec.* 119. *n.* 12. und *Strykius de Filia nobili renunciante c.* 3. *n.* 4. pro forma renunciationis erfodert, ferner die zu Ende der Ehestiftung befindliche Worte: in dem Namen der Hochheiligen Dreyeinigkeit; statt einer eydlichen Bestärckung dienen können, oder, da auch solche hierzu nicht vor genugsam geachtet würden die erfolgte Ratihabition, da beyde Theile die pacta dotalia von anno 1703. bis hieher jederzeit agnosciret, Titia auch Kraft derselben an denen Meublen und Silber der anno 1711. verstorbenen Frau Mutter keine prætension gemachet, auch sonsten allemahl bey denen darinnen enthaltenen Puncten Clausulen acquiesciret, den Mangel des Eydes ersetzen möchte; Wannenhero es das Ansehen gewinnet, ob sey vielbesagte Renunciation zu Recht beständig, und verhindere die Titiam, ihres Bruders Pompeji Erbschaft zu fodern; Alldieweil aber das jus Canonicum, welches in *c.* 2. *de Pactis in sexto* bey allen renunciationibus hereditatis die würckliche Eydesleistung erfodert, nach einstimmiger Meynung der Rechtslehrer, teste *Hartmanno Pistoris P.* 4. *Quæst.* 2. 3. 5. in Teutschland eingeführet, und nach selbigem die renunciationes iniuratæ gantz ungültig seynd, dergestalt daß nicht einmahl verba æquipollentia, an Eydes statt, bey dem Wort der ewigen Wahrheit, oder, wie allhier, im Namen der heiligen Dreyeinigkeit, wenn kein actus corporalis darzu kommt, vor genugsam geachtet werden; *Struv. Exerc.* 17. §. 12. wogegen denn keine unter Edelleuten eingeführte widrige Gewohnheit attendiret wird, *Brunnemannus Cent.* 3. *Dec.* 98. *n.* 3. immassen auch dieser cörperliche Eyd nicht einmahl per contrariam partium conventionem erlassen werden mag, *Gallerat. de renunciat. tom.* 2. *c.* 1. *Renunc.* 85. *n.* 19. *Stryk. de Successione ab intestato disp.* 8. *c.* 10. §. 8. *Berger. P.* 2.

 Respon-

Responso 249. Bey welcher Bewandniß die erfolgte Ratihabition gleichfals hinweg fällt, da zumahl ohnedeß Rechtens ist, daß die Ratihabition solche Handlungen, welche ipso jure nichtig seynd, und worinnen es an einem essentiellen Stück mangelt, nicht gültig machen kan, *c. 18. de regulis juris in sexto*, *Zieglerus de Ratihabitione ejusque effectu juris* §. 15. daferne sie nicht mit eben denen Solemnien geschiehet, welche zu dem Haupt-Actu erfodert werden, *Ratificatio enim requirit easdem solemnitates, quas principalis actus & contractus. Zieglerus d. l.* §. 25. folglich gegenwärtige Ratification, da der Eyd nicht dazu gekommen, ohne alle Kräfte ist; So halten wir dafür, daß Titia und Sempronius, der von ihnen ohne Eyd geschehenen Renunciation und bey der mütterlichen Erbschaft erfolgten Ratihabition ungeachtet, des verstorbenen Pompeji allodial Erbschaft fodern können.

VI.

Renunciatio hereditatis non solum ad illa bona, quæ tempore renunciationis adfuerunt, pertinet, sed & ad hereditatem, quam is, cujus successioni renunciatum fuit, postea adquisivit, extenditur.

Pergunt JCti Helmstadienses in eodem Responso: Wird hiernächst gefraget, ob angeführte Renunciation auch auf diejenige Erb-Portion, welche dem Pompeio noch bey Leb-Zeiten auswärtig zugefallen, zu erstrecken sey; Ob nun wol die renunciationes successionis nur von der Erbschaft derjenigen Personen, welche darinnen expresse benennet seynd, verstanden und auf andere successiones nicht extendiret werden müssen; *Gail. l. 2. O.* 148. *n.* 12. *Struv. in Jurispr. l. 2. tit.* 34. §. 5. welches allhier um so viel desto mehr statt zu finden scheint, da Pompeius das ihm angefallene Erbtheil in comunione gelassen; Dennoch aber und dieweil Pompeius die ihm zugefallene auswär-

auswärtige Erbschaft, ohngeachtet er selbige communiter administriret gleichwol völlig acquiriret, und mit seinem übrigen Vermögen dergestalt vermenget, daß solches Erbtheil nunmehro mit unter die übrige Verlassenschaft des Pompeji gerechnet werden muß, *Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 16. §. 4. lit. C.* So ist die von Titia und Sempronio gethane Verzicht auch auf diese auswärtige dem Pompeio zugefallene Erbschaft zu erstrecken.

VII.

In renunciationibus istiusmodi necesse non est, ut expressa hereditatis mentio fiat.

Hoc etiam dubium sic deciderunt JCti Helmstadienses in memorato responso: Wird endlich Bericht verlanget, ob die in der Ehestiftung enthaltene Renunciation nicht von der gantzen Erbschaft, sondern nur von weiterem dote und Ausstattung zu verstehen sey. Nun könte zwar das letztere daher vermuthet werden, daß in denen Worten der Renunciation nur Meldung des Brautschatzes und der Aussteuer, nicht aber der Erbschaft geschiehet, und denn bekannten Rechten nach alle renunciationes strictissime erkläret und auf andere darinnen deutlich nicht enthaltene Fälle keines Weges erstrecket werden müssen, *Dalnerus de variorum jurium renunciationibus cap. 1. n. 55.* & quos ibi longa serie memorat DD. dieweil aber alsdenn, wenn der Sinn und Meynung der renunciantium ex tenore renunciationis erhellet, keine weitere Erklärung vonnöthen ist sondern nach solcher Intention schlechterdinges gegangen werden muß, *Barbosa in Thesauro lib. 16. cap. 63. ax. 13.* also da allhier die Titia sich sattsam erkläret, daß sie den Todesfall ihrer Brüder der St. W. Familie zu gute kommen lassen wolle kein Zweifel ist, daß sie dadurch nicht die gantze Erbschaft verstanden haben sollte, wozu ferner kommt, daß die im

c. 2. *de Pactis in 6to* enthaltene und zum Muster der Renunciation vorgelegte, auch mit gegenwärtiger Renunciation fast übereinkommende Worte: *ut dote contenta nullum ad bona paterna haberet regressum;* gleichfals keiner Erbschaft ausdrücklich gedencken; So ist oftgemeldete Renunciation nicht allein von prætension einer weiteren Aussteuer, sondern von der gantzen brüderlichen Verlassenschaft zu verstehen.

IIX.

Jusjurandum in ceteris pactis successoriis, quibus nulla renunciatio continetur, necessarium haud est.

Hanc sententiam iterum corroborabimus responso Jureconsultorum Helmstadiensium mense Octobri anni CIↃ IↃ CCXV. exarato: Entstehet die Frage, ob das pactum familæ deren von Pfuhl zu Recht geständig sey. Nun ist dawider der Mangel der eydlichen Bestärkung in keine Betrachtung zu ziehen, indem der Eyd nicht zu allen pactis successoriis, sondern nur zu denenjenigen, worinnen die Paciscenten sich ihres Rechtes begeben, und der Erbschaft renunciiren, erfodert wird, *c.* 2. *de Pactis in sexto*, wie solches auch *Stryk de Cautelis testam. cap.* 21. *membr.* 1. §. 24. *respons. ad rat. dub.* 5. bezeuget. Und ob gleich derselbe in dem vorhergehenden § 8. *circa finem* das contrarium zu asseriren scheinet, so handelt er doch an diesem letzteren Orte von einem sonderbaren casu, wenn nehmlich die Paciscenten ihnen durch ein Fidcicommissum conventionale die Macht zu testiren gäntzlich benehmen, welches aber von den Brüdern von Pfuhl hier nicht geschehen, als die ihnen solche Macht expresse vorbehalten. Sed ut verum dicamus, nec in fideicommisso quidem tali conventionali, quo facultas testandi tollitur, jusjurandum necessarium credimus, præsertim, cum & *Strykius* id saltem tanquam cautelam commendet.

SPECI-

SPECIMEN XLVI. MEDITATIONVM AD PANDECTAS AD LIB. II. TIT. XV. DE TRANSACTIONIBVS

PVBLICE DEFENSVM

A

JOANNE HENRICO HEYER,
SLANSTADIO-HALBERSTADIENSI.

D. XXI. AVGVSTI ANNI CIↃ IↃ CCXV.

I.

Tutor nomine pupilli transigere potest.

II.

Magistratus transactioni tutoris, de rebus immobilibus initæ, confirmationem denegare nequit, tametsi adversarii, cum quo transactum est, jus liquidum non sit, si modo causa maxime dubia est.



Omni transactioni, cum ex utraque parte in ea aliud præstetur vel remittatur, alienatio quædam inest, arg. *L.* 1. §. 9. *Si quid in fraudem patroni.* Igitur hi omnes, qui alienandi facultatem habent, recte quoque transigunt. Inter quos sine dubio etiam est tutor, cui potestas transigendi satis clare *in l.* 54. §. 5. *&* *l.* 56. §. 4. *de Furtis* item *l.* 35. *pr. de Jurejurando* asseritur. Scimus equidem, obiici communiter solere *l.* 46. §. 7. *de Administr. & peric. tut.* ubi tutori, deminuendi causa cum debitoribus pupilli transigere, interdicitur. Sed hæc lex, ne prioribus obstet, explicanda est

de huiusmodi transactione, qua jus pupilli contra debitores manifestum est, atque tamen pro parte remittitur. Fuisse hanc Pauli in memorata lege sententiam, vel exinde apparet, quod ibi *donare & deminuendi causa transigere* coniungit. At si res dubia sit, tunc ipsius pupilli interest, tutori facultatem competere, litem transigendo componendi, cum alias pupillo, si in judicio res peragatur, timendum sit, ne vel plane causa cadat, vel victoriam maioribus, quam res ipsa valet, sumtibus constantem reportet. Quemadmodum autem in alienationibus rerum immobilium pupilli causæ cognitio & decretum magistratus requiruntur, hæc eadem quoque necessaria sunt in transactione, qua jus, quod pupillus sibi in prædium aliquod vel hereditatem asserit, remittitur. Hic tamen cavendum est magistratui, ne in ista causæ cognitione scrupulosior sit, atque dum nimis accurate omnia investigat, damno potius pupillum afficiat. Sufficit videlicet, causam dubiam videri. Nec necesse est, ut appareat clare, jus adversarii, cum quo transigitur, melius esse jure pupilli. Nam de hoc si constaret, remissio, non transactio foret. Agitata fuit hæc quæstio in Collegio JCtorum Vitembergensium mense Februario anni CIƆ IƆ CCXI. Tutor scilicet litem super hereditate, quam pupillo suo vindicabat, aliquamdiu agitatam tandem transactione finiverat, eamque transactionem, ut confirmaretur, magistratui obtulerat. At magistratus, ne quod pupillus detrimentum pateretur, recusaverat confirmationem tamdiu, donec certo ipsi, jus adversarii melius fuisse, constaret, volueratque, ut processus eo usque continuaretur. At memorati JCti, re ad ipsos delata, cum animadverterent, argumenta ex utraque parte maxime verosimilia afferri, & causam longe adhuc a fine & decisione abesse, transactionem ratam habuerunt & magistratui necessitatem confirmandi imposuerunt, subiectis his rationibus:

bus: Es hat die Obrigkeit bishero, den von beyden Partheyen aufgerichteten Vergleich zu confirmiren, daher Bedenken getragen, weil sie vorher genauere Erkundigung von der Sachen und des gantzen hinterlassenen Schauischen Vermögens Beschaffenheit einziehen, und, ob nicht etwa die unmündige A.D.S. in solchem Vergleich verkürtzet worden, untersuchen wollen; Gestalt denn nicht zu leugnen, daß, im Fall die von Klägern wider das übergebene Inventarium gemachte Beschwerden allerseits vor erheblich geachtet würden, sonder Zweifel eine Læsion heraus käme, immassen auch die Rechte, daß ein Vormund zum Nachtheil seines Unmündigen keinen Vergleich eingehen könne, sondern derselbe unkräftig seyn solle, verordnen; Wannenhero es das Ansehen gewinnet, als ob zuvörderst, ehe der Vergleich bestätiget werden könte, der anhängige Proceß zu Ende zu bringen, und über selbigen zu interloquiren wäre. Alldieweil aber denen Vormündern das Transigiren nicht schlechterdings, sondern nur alsdenn, wenn solches denen Unmündigen offenbarlich zu Schaden gereichet, verboten wird, dahingegen in zweifelhaften und ungewissen Sachen zugelassen ist; Und aber die in gegenwärtigem Processe streitigen Puncta dergestalt beschaffen, daß solche theils einer weiteren Untersuchung und Bescheinigung vonnöthen haben, theils auch wider die Unmündige leicht ausfallen möchten, bey welcher Bewandniß der Vergleich, durch welchen ohnedes mehrere Unkosten verhindert werden, den Unmündigen viel eher vortheilhaft als schädlich zu seyn scheinet; So haben wir den in Actis befindlichen Vergleich bestätiget, die Unkosten aber, weil selche durch die von der Obrigkeit versagte Confirmation verursachet worden, compensirt.

III.

Transactio tutoris nomine pupilli inita, etsi solemnia quædam in illa neglecta sint, rescindi tamen facilè & lis sopita resuscitari non debet.

 Sæpe

Sæpe pupilli aut minores, legitimam ætatem adepti, negotia a tutoribus suis gesta nimia facilitate impugnant, & inprimis transactiones ab iis initas rescindi desiderant. Nec semper sine verosimili causa. Quum enim plurima circa negotia pupillaria observari debeant solemnia, facile est, unum ex illis prætermitti. Verum ad judicis officium pertinet, non statim rescissionem indulgere, sed probe prius considerare, sitne ea e re pupilli futura, an non. Quodsi enim animadvertat, rescissa transactione, litem sopitam resuscitatum iri, magnamque eius impensam, & incertum tamen eventum futurum, transactionem potius conservare, quam, sublata illa, aditum ad dubium sumtuosumque certamen aperire debet. Nesciunt enim sæpe rudes & advocatorum persuasionibus inducti juvenes, quid flagitent. His igitur invitis sæpe prospici, & via ad lites damnosas, quæ dulces interdum inexpertis sunt, præcludi debet. Quare JCti nostri in huiusmodi transactionibus olim a tutore initis non omnia ad vivum resecant, sed ut plurimum easdem tuentur. Patebit hoc ex sequenti responso a nobis mense Aprili anni CIↃ IↃ CCXVI. exarato: Die Gültigkeit des im Nahmen des unmündigen Morchels von seinen Vormündern mit der Mutter aufgerichteten Vergleichs wird jetzo in Zweifel gezogen und demselben hauptsächlich entgegen gesetzet, daß damalen die Morchelsche Wittwe sich der Erbschaft ihres verstorbenen Ehemannes begeben, und auf ihr Eingebrachtes getreten, folglich der streitige Brauhof ein bonum pupillare gewesen und ohne causæ cognition und decreto magistratus ihr nicht zugeschlagen werden können, überdis besagter Erb-Vergleich daher, daß kein Inventarium aufgerichtet, auch die illata und angegebenen Schulden nicht bescheiniget worden, null und nichtig sey. Alldieweil aber der verstorbene Morchel in seinem beygelegten Testament der Wittwen das Haus zugeschlagen, aus dem Erb-Vergleich auch so deutlich nicht erhellet, daß

diese

diese sich des ihr zugestandenen Rechtes begeben, sondern nur, dieses erscheinet, daß sie Anfangs ihre illata zu fodern vorgegeben, und dadurch die Vormünder, welche das Testament umstossen wollen, bewogen, die Sache durch einen gütlichen Vergleich, worinnen beyde Theile von ihren Prätensionen etwas nachgelassen, beyzulegen, hiernächst die Rechte einem Vormunde in zweifelhaften und ungewissen Streit-Sachen seines Pflegbefohlnen zu transigiren vergönnen; und aber alle Umstände an den Tag legen, daß die Morchelsche Erbschaft-Sache sehr intricat gewesen, und leichtlich zu einem kostbaren Proceß ausschlagen können, wannenhero die Vormünder solchem per transactionem vorzukommen wohl befugt gewesen, da sie zumal aus dem väterlichen Testament die Grösse der illatorum ohne weitere Bescheinigung ersehen, auch, obgleich kein solennes Inventarium vorhanden, gleichwol aus denen in der Verlassenschaft befindlichen Nachrichten die Quantität der Schulden und den Werth der Erbschaft-Stücken wohl wissen, und wegen selbiger sich über Pausch und Bogen vertragen können, worzu noch die Confirmation der Obrigkeit als Ober-Vormundes, welche Zweifels ohne die Sache einigermassen vorher untersuchet, kommt, im übrigen dem jungen Morchel wenig Vortheil bringen möchte, wenn dieser Vergleich wieder umgestossen, und er nach langwierigen über die von dem Vater selbst angegebenen ansehnlichen illata geführten Beweis und Proceß zu deren Erstattung und Bezahlung der Schulden angehalten würde; Diesemnach haben wir vor besser gehalten, den Vergleich zu bestätigen.

IV.

Mariti transactio de rebus uxoris paraphernalibus inita valet.

Vtrum marito jus transigendi de rebus paraphernatibus uxoris suæ competat, non extra dubium est. Sunt, qui negant, ducto ex *L. 60. de Procuratoribus* argumento,

 ubi

ubi procurator generalis transactionem decidendi causa interponere prohibetur. At nos marito jus illud asserere non dubitamus, cui quippe amplior longe potestas competit, quam procuratori, ut clarissime ex *l.* 21. *C. de Procuratoribus* apparet. Est enim legitimus bonorum paraphernalium administrator, non saltem ex consuetudine, ut *Rittershusius ad* §. 19. *I. de Excus. tut.* putat, sed ex legum quoque dispositione *L.* 95. *pr. Ad L. Falcid. l.* 9. §. 3. *de Jure dot. l.* 31. §. 1. *de Donat.* Legitimis vero administratoribus potestas etiam transigendi data est; Id quod ex tutoris & patris exemplo apparet, qui pupillorum & liberorum suorum nomine recte transigunt. Consentiunt nobiscum &, transactiones a maritis de rebus uxorum paraphernalibus initas ratas esse, asserunt *Cothmannus Vol.* 2. *Resp.* 53. *n.* 129 *seqq.* & *Mevius P.* 4. *Decis.* 32. Neque obest nobis, quod *in Meditatione l.* diximus, transactionem alienationis speciem esse, marito vero jus alienandi non competere, *pr. I. Quibus alienare licet.* Recte enim *Cothmanni* & *Mevii* sententiam nimis generaliter prolatam temperat *Brunnemannus ad L.* 58. *de Procuratoribus n.* 2. si modo bona dotalia immobilia vel bona paraphernalia transigendo non alienet maritus. Potest itaque maritus sic tantum transigere, ut bona ipsa salva maneant, & pecunia vel aliud quid exinde praestetur, quod rationem impensae necessariae habebit. Atque ex his rationibus JCti Helmstadienses mense Julio anni CIↃ IↃ CCXII. confirmarunt transactionem, qua maritus aedibus uxoris leviorem servitutem imposuerat, alter vero graviorem, quam sibi in iis vindicabat, remiserat: Beklagter und Interventientin bemühen sich, den Vergleich, worauf Kläger den Grund seiner Klage gesetzet, umzustossen, unter dem Vorwand, daß ein Ehemann seiner Frauen Güther weder veräusern, noch mit einiger Servitut beschweren könne, ferner daß das zwischen Klägern und Beklagten getroffene Negotium nicht einmahl die

nöthi-

nöthigen Requisita eines Vergleichs habe, indem allhier gantz keine res dubia vorhanden, sondern aus der Bauherrn Relation deutlich erhelle, daß Kläger weder zu der servitute tigni immittendi noch oneris ferendi berechtiget gewesen, dannenhero es an der datione vel remissione ex altera parte ermangele, im übrigen der Ehemann alles, was er gethan, in seinem eigenen, keinesweges aber in der Frauen Nahmen, der doch die Mauer eigenthümlich zugestanden, gehandelt. Alldieweil aber die Rechte einem Ehemann die freye Verwaltung der seiner Frauen zustehenden Güther, folglich auch die Macht darüber in streitigen Fällen zu transigiren, einräumen, gestalt denn das zwischen Klägern und Beklagten geschlossene Negotium allerdings vor eine transaction zu achten, indem Kläger seine prætension wegen der servitutis tigni immittendi, welche er noch wol urgiren können, dargegen fallen lassen; So haben wir, daß Beklagter, seines und seiner Frauen als Intervenientin Vorwenden ungeachtet den getroffenen Vergleich zu halten, und Klägern seinen vorhabenden Bau ruhig fortsetzen zu lassen schuldig sey, erkannt.

V.

Transactio nihilominus subsistit, etsi alteruter transigentium ei justo tempore non satisfecerit.

Inter communes & pervulgatos errores illum merito numeres, quo non imperiti solum homines, sed advocati etiam nonnulli sibi persuadent, in casu, quo unus transigentium promissa eo, quo conventum est, tempore non implevit, alterum quoque a fide data liberatum, nec amplius ad transactionem servandam obligatum esse. Adest quidem, quæ huic opinioni quodammodo favere videtur, *Lex* 14. *C. de Transactionibus.* Sed, si eam recte inspexeris, apparebit, Imperatoribus sermonem ibi esse de casu, quo uterque transigens mutuo consensu a transactione recedit.

At

At cum alter voluntatem suam de rescindenda transactione non declaravit, sed saltem promissis suis justo tempore non stetit, aut alio modo transactioni contravenit, alter tamen data a se propterea non repetere, nec litem compositam instaurare, nec transactionem rescindere, sed saltem, ut alter ex sua quoque parte fidem servet, &, quia id debite non fecit, interesse præstet, agere potest. Qua de re claræ exstant *Leges 6. & 17. C. de Transactionibus.* Nec iniquum hoc est; cum privatis licere non debet, ut sibi ipsis jus dicant & violatam sibi fidem alia perfidia ulciscantur. Quamobrem JCti quoque Helmstadienses mense Augusto anni CIↃ IↃ CCXIV. sic responderunt: Wird zu wissen verlanget, ob nicht der von B. aufgerichtete Vergleich vor gäntzlich aufgehoben zu achten sey. Wiewol nun B. selbst das über solchen Vergleich errichtete Instrument caßirt und zerrissen, überdies demjenigen, was er seiner Seites versprochen, gar nicht nachgekommen, sondern den K. alle Kosten, die er doch zur Hälfte übernehmen sollen, allein tragen lassen, wannenhero es das Ansehen gewinnet, ob sey auch K. an dem Vergleich nicht mehr gebunden; Weilen aber B. die Exemplaria nicht in der Meynung, um den Vergleich gäntzlich aufzuruffen, sondern nur um bey dem, was Anfangs abgeredet worden, zu bleiben, in Stücken gerissen, hiernächst dadurch, daß ein Theil sein Versprechen nicht erfüllet, der Vergleich nicht gäntzlich zernichtet, sondern nur dem andern Theil Gelegenheit gegeben wird, auf Erfüllung des Vergleichs und zugleich auf das Interesse zu klagen: So ist der zwischen K. und B. gemachte Vergleich noch beständig, K. aber darauf, daß B. sein Versprechen halte und ihm dieserhalben das Interesse prästire, zu klagen wohl berechtiget.

VI.

Recissio transactionis ob læsionem ultra dimidium in jure fundamentum non habet, usu tamen recepta est.

VII.

VII.

Transactio tunc ob læsionem ultra dimidium rescindi nequit, cum transigentes, de qualitate & valore rei certiores redditi, tamen transegerunt.

An læsio ultra dimidium sufficiens rescindendæ transactionis causa sit, controvertitur adhuc inter JCtos. Qui negant, non parum juvantur per *l.* 78. §. *ult. Ad S. C. Trebell.* Aiens tamen sententia usu plerumque judiciorum, etsi contra legum auctoritatem; recepta est, testibus *Carpzovio P.* 2. *C.* 34. *def.* 1. *Strykio in Usu moderno tit. de Transactionibus* §. 22. *Engelbrechtio ad tit. D. de Transact.* §. 65. aliisque. Quin in Saxonia Electorali & nonnullis locis expressa etiam lex lata est, qua rescissio transactionis ob læsionem enormem permittitur. Vide *Const. El. Sax.* 34. *P.* 2. Quantumvis autem a recepta hac praxi non facile recedendum sit, eo tamen casu rescissio peti nequit, quando uterque transigens de quantitate & valore rei, de qua transigitur, certior redditus nihilominus transigit. Eius enim, quod consulto datur, vel remittitur, repetitio non est. L. 53. *de Regulis juris.* Consentiunt nobiscum JCti Jenenses apud *Richterum P.* 2. *Dec.* 99. *n.* 70. nec non Vitembergenses, qui mense Novembri anni CIↃ IↃ CCIX. sic responderunt: Daß der Vergleich wegen vorgegebener læsione enormissima nicht gefochten werden mag, indem Caio bey dessen Aufrichtung die Summa, worüber transigiret worden, gantz eigentlich bekannt gewesen, demnach, und da er nichts destoweniger transigiret, ihm solchen Transact umzustoßen nicht frey stehet. Porro JCti Helmstadienses mense Aprili anni CIↃ IↃ CCXVII: Die Beklagten beschweren sich hauptsächlich darüber, daß man ihnen die Recognition der bey Klägers Beweise inducirten Documenten auferleget, und nicht vielmehr die præiudicial-Frage, ob nehmlich die Querela læsionis ultra dimidium wider einen

Vergleich statt finde, abgethan, welche Frage ihrem Bedüncken nach aus denen gemeinen Rechten, insonderheit *ex L. 78. §. ult. Ad SC. Trebell.* mit nein beantwortet werden müsse. Alldieweil aber dieser præiudicial-punct in dem fol. 143. befindlichen rechtskräftigen Urthel bereits entschieden, und der Klägerin die wider den Transact vorgeschützte Læsion zu erweisen auferleget, folglich implicite, wo anders besagtes Urthel und der darinnen erkannte Beweis nicht gantz vergebens seyn soll, obangeführte Querela zugelassen worden, zu geschweigen daß nach dem Zeugniß der meisten Rechtslehrer die Verkürtzung über die Hälfte vor eine rechtmäßige Ursach, einen getroffenen Vergleich umzustossen, in praxi auch ausser Sachsen gehalten wird, so haben wir an dem dieserhalb ertheilten Bescheid nichts zu ändern gefunden.

IIX.

Transactiones strictissime interpretandæ sunt.

IX.

Transactiones, licet generalibus verbis concipiantur, & plenissimam liberationem contineant, ea tamen debita, de quibus tempore transactionis cogitatum non fuit, haud tollunt.

In transactionibus semper unus ex transigentibus jus suum vel saltem partem eius remittit. Itaque transactionibus renunciatio aliqua inest. Cum vero renunciationes strictissime interpretandæ, nec ad ea quæ expressa non fuerunt, extendendæ sint, consequitur, in transactionibus quoque eandem interpretationem restrictivam locum invenire debere. Quamobrem dubia in transactionibus occurrentia ita semper explicamus, ut ei, qui jus suum remisit, quam minimum decedat. Elegans eius rei exemplum in *l. 47. §. 1. de Pactis & l. 31. C. de Transactionibus* reperitur. Cui simile

pror-

prorsus exhibet *Schilterus Ex. ad D. 9. in f.* de administratore pecuniæ publicæ, qui, redditis administrationis suæ rationibus, fisco adhuc 127. aureos debere inventus fuerat, sed cum fisco transegerat datoque in solutum nomine, plenam liberationem, eine Fürstliche Haupt-Quittung, acceperat. Sed deinde expunctæ rationes retractantur, novumque, quod antea latuerat & in rationibus omissum erat, debitum 1635 aureorum emergit. Quæritur igitur, an administrator heredesve eius denuo conveniri queant. Negat *Schilterus*. At nos affirmamus, & eundem, qui in *L.* 31. nec non 24. *C. de Transactionibus*, inprimis vero in *l.* 47. §. 1. *de Pactis* narratur, casum hic quoque adesse, putamus. Scilicet transactio illa & apocha generalis non generaliter intelligenda, nec ad incognita & incogitata extendenda, sed ad illud solum debitum, quod apparuerat, restringenda est. Id quod etiam rectæ rationi convenit. Eandem sententiam quod transactiones stricte interpretandæ sint, & nostri JCti fovent, atque ex ea plurimas controversias diriment. Et sic nuper adhuc mense Augusto anni CIↃ IↃ CCXIV. responderunt: Es ist in dubio nicht zu vermuthen, daß jemand seinem wohlhergebrachten Recht renunciiter und solches einem andern abtreten werde; auch muß ein jeder Vergleich dergestalt erkläret werden, daß einige Gleichheit zwischen dem was beyde Theile einander prästiren, heraus komme &c. Sed clarius adhuc iidem mense Julio anni CIↃ IↃ CCXVI: Hat der Præpositus eines Stiftes sich mit dem Capitul wegen einiger eingezogenen Präbenden auf etwas gewisses verglichen, und in dem Vergleich ausdrücklich, daß niemalen einige fernere Zulagen prätendiret werden sollen, versprochen. Es findet sich aber nunmehr in den Statutis Nachricht von unterschiedenen andern Avantagen, welche dem Præposito zustehen. Entstehet also die Frage, ob derselbe durch obangezogene Clausul solche zu fodern verhindert werde. Nun seynd zwar die in dem Vergleich

 enthal-

enthaltenen Worte sehr deutlich und universell, indem dadurch nicht allein denen etwa wegen der eingezogenen Präbenden noch habenden Foderungen, sondern allen ferneren Zulagen renunciiret wird, wozu noch dieses kommt, daß der Præpositus zu Zeit des aufgerichteten Vergleichs die Statuta in Händen gehabt, und deren Inhalt wissen können und sollen, folglich mit der Unwissenheit, und, daß er erst nach der Zeit die ihm darinnen verschriebene Vortheile erfahren, sich nicht wol entschuldigen mag; wannenhero es das Ansehen gewinnet, ob stehe ihm der Vergleich bey Foderung der in den Statutis befindlichen Avantagen allerdinges im Wege. Alldieweil aber eine jedwede Transaction, ungeachtet generaliter darinnen, nichts mehr zu fodern, versprochen worden, gleichwol nur auf die Sache, welche streitig gewesen, und darüber der Vergleich aufgerichtet ist, restringiret, keinesweges aber auf andere aus einem gantz unterschiedenen Fundament herrührende Foderungen zu erstrecken ist, immassen denn der, welcher über das, so ihm im Testament verlassen worden transigiret und eine general-Renuntiation anhänget, gleichwol nicht behindert wird, die ihm im Codicill verschriebenen Legata zu fodern, *L. 12. D. de Transactionibus*, hiernächst das Wort Zulage eigentlich von neuen emolumentis, nicht aber von denen, die von Alters und Rechtswegen zu der Probstey gehören, zu verstehen ist, ferner einem Præbendario nicht einmahl frey stehet, etwas, so zu seiner Præbende ungezweifelt gehöret, zu vergeben und dadurch die Einkünfte derselben zu schmälern *c. 8. X. de Præbendis t. t. X. Ut ecclesiastica beneficia sine deminutione conferantur*, endlich der Præpositus, wenn er gleich die Statuta gehabt, dennoch an die darinn ihm verschriebenen Jura nicht gedacht; *Renunciationes vero ad non cogitata non extenduntur*, *Dalnerus de Variorum jurium renunciationibus cap. 2. §. 8.* So erscheinet demnach, daß der Præpositus, ungeachtet des aufgerichteten Vergleichs, die ihm in den Statutis verschriebenen Jura zu fodern berechtiget sey.

X. *Trans-*

X.

Transactio tamen generalibus verbis concepta præsumtionem plenæ liberationis tamdiu pro se habet, donec probetur contrarium.

Afferti huius nostri veritas & ex recta ratione demonstrari potest, & in *l.* 12. *de Transactionibus* nititur, ubi Celsus negat ferendum esse, qui, dum generaliter de his quæ testamento ei relicta sunt, transegit postea de eo solo, quod prima parte testamenti, ac non etiam quod posteriore legatum sit cogitasse se dicit, nisi ostendat, codicillos postea demum prolatos fuisse, tunc enim non improbe dicturus videtur, de eo duntaxat se cogitasse, quod illarum tabularum, quas tunc noverat, scriptura contineretur. Idem ex rationis æqualitate ad similes casus extendimus. Quamobrem talem JCti Helmstadienses mense Julio anni CIϽ IϽ CCXVII. sententiam conceperunt: Daß Beklagte von der angestellten Klage zu entbinden, Kläger auch denenselben die verursachten Unkosten, nach vorhergehender derer Liquidation und richterlichen Ermäßigung, zu erstatten schuldig, er könte und wolte denn binnen 4 Wochen, welche ihm pro omni termino hierzu anberaumet werden, vermittelst Production der gepflogenen Berechnungen oder auf andre Weise darthun, daß bey Errichtung des anno 1703. getroffenen Vergleichs gegenwärtige Foderung ausgesetzet oder übergangen worden. Damit würde er, jedoch mit Vorbehalt der Beklagten Gegen-Bescheinigung, Eydes-Delation und anderer rechtlichen Nothdurft billig zugelassen, und ergehet so dann ferner, was recht ist. Cui sententiæ has subiecerunt rationes: Es haben Beklagte wider die von Klägern gemachte Foderung hauptsächlich exceptionem transactionis vorgeschützet. Ob nun wol Kläger dagegen repliciret, es sey besagter Vergleich nicht universell, sondern nur über den gethanen Vorschuß und die bezahlten Lehn-

Gelder aufgerichtet, und können demnach ungeachtet der ihm angehängten Clausul, daß keiner an dem andern was mehr zu fodern haben solle, es habe Nahmen wie es wolle, gleichwol auf gegenwärtige Schuld-Post, woran die Transigentes damalen nicht gedacht, unmöglich erstrecket werden; Alldieweil aber die Partheyen in gedachtem Vergleich bezeugen, sie hätten sich völlig berechnet, auch die nur berührte general-Clausul angehänget und denn die anjetzo in Streit gezogene Foderung nicht erst jetzo aufgefunden worden, sondern dem Kläger ohne Zweifel zu selbiger Zeit wol bekannt gewesen, also nicht zu vermuthen ist, daß er dieselbe, wenn sie nicht mit abgerechnet worden, ihm nicht expresse vorbehalten haben würde, hiernächst Kläger mit dieser Prætension von anno 1698. an, da er sie an sich gebracht, bis zu Ende des Jahres 1715. stille gesessen, folglich die Præsumtion, daß selbige in berührtem Vergleich mit abgethan worden, um ein grosses vermehret, endlich vielgemeldeter Kläger, wenn sein Vorgeben richtig, sich nicht weigern würde, die gepflogene Berechnung zu produciren, und dadurch, daß an selbiger Post damalen würcklich nicht gedacht worden, beyzubringen; So haben wir ihm noch 4 Wochen zu Bescheinigung seines Vorgebens gesetzet, und in Entstehung dessen Beklagte absolviret.

XI.

Transactio generalis ob res postea repertas, de quibus in transactione cogitatum non fuit, non quidem rescinditur, sed tamen utrique transigenti jus suum in illas res salvum manet.

Aiunt Imperatores in L. 29. C. *de Transactionibus*: *Sub prætextu specierum post repertarum, generali transactione finita, rescindi prohibent jura.* Vocem specierum, quæ ibi reperitur, per instrumenta explicat *Gothofredus*, sed parum accurate. Neque enim recordamur, instrumenta, in

in jure noſtro unquam ſpecies appellari. Sed ſpecies apud JCtos ſingula corpora ſeu individua ſignificant, quemadmodum ex *L.* 54. *pr. de Verb. obl.* & *l.* 6. *de Rebus cred.* apparet. Igitur, ut *Lex iſta* 29. recte intelligatur, caſus talis fingendus eſt, qualem *Bergerus P.* 2. *Reſponſo* 128. exhibet. Socii quidam bona communia, de quibus inventarium confecerant, invicem diviſuri, tandem poſt litem aliquamdiu agitatam tranſigunt, ut unus bona omnia retineat, ceterisque certam pecuniæ ſummam exſolvat. At deinde nomina quædam reperiuntur, in inventario omiſſa. Quæritur, quid juris? Equidem propter *l.* 29. *C. de Transact.* certum eſt, ipſam transactionem ob ſpecies has repertas non infirmari. Id vero magis dubium eſt, an ſocius, qui pecuniam accepit, partem ſuam de nominibus nunc demum emergentibus adhuc petere queat, an vero ea alteri ſocio relinquere debeat. *Brunnemannus ad h. L.* diſtinguit, utrum tranſigens in bona, an in mala fide fuerit. Illo caſu, ſi ſcilicet ignoravit, actionem ceteris ſociis ad diviſionem rerum poſtea apparentium competere, negat. At nos, utroque caſu, ſive ſciverit ſive ignoraverit tranſigens, his, qui pecuniam acceperunt, jus ſuum ſalvum manere in rebus & nominibus poſtea emergentibus atque actionem ad partem ſuam petendam competere, putamus. Nunquam enim transactio ultra ea extenditur, quæ in lite & contemplatione fuerunt L. 12. *D.* & *L.* 31. *C. de Transactionibus.* Conſentit nobiscum *Mevius P.* 6. *Deciſione* 149.

COROLLARIA.

1 Etſi transactio ſuper re judicata in *L.* 32. *C. de Transactionibus* nulla declaretur, tunc tamen, cum executio multis adhuc difficultatibus obnoxia eſt, eadem ſuſtinetur. Cuius rei illuſtria exempla non ita pridem in controverſiis in domo Haſſiaca nec non in Mecklenburgica agitatis vidimus.

2 Litigantes inviti a judice ad transigendum compelli non debent, ne quidem in iis casibus, quidem *Strykius ad Lauterbachium tit. de Transactionibus p. 113.* hoc permittit, si scilicet metus scandali publici, aut armorum, vel favor piæ causæ concurrat, vel lis inter parentes & liberos sit. Sed tunc potius judex, si periculum in mora sit, causam per decretum suum celeriter finire potest. Consentit nobiscum *Zieglerus de Officio judicis c. 22. §. 14.* Exceptionem tamen vide infra in *Specimine de Metu, Meditat. IV.*

3 Administrator bonorum Ecclesiasticorum de iis, si modo ea non alienat, licite transigit.

SPECIMEN XLVII.

MEDITATIONUM AD PANDECTAS
AD LIB. II. TIT. XV.

DE

TRANSACTIONIBUS IRRITIS

PUBLICE DEFENSUM

A

JOH. JACOBO MELCHIORE,

HELMSTADIENSI.

D. XVI. NOVEMBR. ANNI cIↄ Iↄ CCXV.

I.

Transactio dici non potest, ubi nullum dubium & controversia adest.

II.

Omnis dolus vitiat transactionem.

III. *Is,*

III.

Is, qui dolo alterum ad transigendum induxit, condictione ob turpem causam convenitur.

IV.

Idem in crimen & pœnam stellionatus incidit.



Eques quidam Saxonicus administratori prædiorum & judiciorum suorum CC. thaleros dederat, creditori suo solvendos. Hic vero creditorem adit, &, captata occasione, mentionem debiti iniicit. Tum creditor vehementer de mora debitoris queri ministrumque rogare, ut dominum ad solvendum inducat. Sed minister, solutionem sibi commissam dissimulans, ipse quoque exiguam spem, quidquam a domino extortum iri, ostendit. Igitur creditor amplum satis præmium, siquidem dominum eo adigat, pollicetur. Tandem post multas tergiversationes, minister invito similis persuaderi sibi patitur, ut debitum quasi de suo solvat, retentis XXX. thaleris, integram summam a domino, ut aiebat, repetiturus. Aperta deinde fraude, quærebatur, an & qua actione minister conveniri posset. Ille quidem negabat, cuipiam jus agendi contra se esse. Veram enim putabat se celebrasse transactionem, quippe quæ tunc intervenire dicitu, cum id, de quo controversiam cum altero habemus, ei damus vel solvimus, retento aliquo *L.* 38. *C. de Transactionibus*. Transactionem vero rei judicatæ auctoritatem habere & sub nullo prætextu rescindi posse, ex *L.* 2. *de Transact.* asserebat. At JCti irritum declararunt totum id negotium, veramque transactionem intercessisse, negarunt. Nam transactio rem dubiam & controversam requirit, *L.* 1. *de Transact.* At nullum hic dubium, nulla controversia aderat. Sed fac etiam transactionem veram subfuisse. Mani-

festus tamen, quem minister adhibuerat, dolus irritam eam efficiebat *L.* 19. *C. de Transact.* Igitur remissio ista XXX. thalerorum pro datione ob turpem causam habenda erat, *L.* 2. §. 1. *L.* 4. §. 2. *de Condict. ob turpem causam*, & remittenti condictio ob turpem causam competebat. Præterea quoque reipublicæ intererat, improbam istam fraudem pœna quadam coerceri. Stellionatus quippe crimen commiserat arg. *L.* 3. §. 1. *Stellionatus.* Quapropter & extraordinaria, qualis stellionibus infligi solet, pœna affectus est. Hæc fuit JCtorum Vitembergensium sententia, ut ex responso ab illis mense Decembri anni CIↃIↃCCIIX. dato apparebit: Hat dessen Gerichts-Verwalter diejenigen 200 Rthlr. so der Herr ihm, um solche seinem Bruder auszuzahlen, überschicket, so lange verschwiegen und zurücke behalten, bis dessen Bruder sich, als ob er dieses Geld nur von ihm vorgeschossen empfinge, erklären und ihm 30 Rthlr. davon überlassen müssen. Da denn derselbe zu wissen begehret, ob wegen dieser extorquirten 30 Rthlr der Gerichtshalter, nebst deren Restitution, ad pœnam arbitrariam zu belangen, und wie hoch ohngefehr dergleichen pœna arbitraria zu setzen sey. Ob nun wol der Gerichts-Verwalter fürgeben möchte, es sey zwischen ihm und des Herrn Bruder über diese 200 Rthlr. eine ordentliche Transaction fürgegangen, dergleichen Transaction denn eben die Auctorität, welche denen die Kraft Rechtens ergriffenen Urtheln zukommt, habe, und unter keinerley Vorwand angefochten oder umgestossen werden könne; Dennoch aber und dieweil zu einer Transaction dieses hauptsächlich erfodert wird, daß die Sache, worüber man transigiret, zweifelhaftig und streitig sey, welches aber in gegenwärtigem Fall nicht erfindlich, hiernächst niemand eine Handlung, welche einzugehen von dem andern betrüglicher Weise bewogen worden, zu halten verbunden, der Betrug aber allhier auf Seiten des Gerichtshalters offenbar am Tage liegt; So mag dasjenige, was zwischen ihm

und des Herrn Bruder disfalls fürgegangen, als eine Transaction nicht bestehen, sondern es ist in mehrerer Betrachtung, daß die Zurücklassung der 30 Rthlr. für eine datio ob turpem causam zu halten, desselben Bruder, besagte 30 Rthlr. nebst denen verursachten Schaden und Unkosten vermittelst der Condiction ob turpem causam von dem Gerichts-Verwalter wieder zu fodern, wohl berechtiget; Immassen auch bemeldeter Gerichts-Verwalter, weil er dadurch, daß er des Herrn Bruder die ihm schuldigen Gelder als einen Vorschuß anzunehmen gezwungen, einen strafbaren Stellionatum begangen, mit einer pœna extraordinaria, welche nach Gelegenheit derer Umstände etwa auf vierzehen Tage Gefängniß oder 10 Rthlr. Geld-Busse zu determiniren, wohl belegt werden mag.

V.

Transactio ad dissolvenda sponsalia vel matrimonium sine Consistorii auctoritate inita non valet, tametsi jureiurando confirmata sit.

Jus canonicum transactiones contra matrimonium inire simpliciter prohibet *c. 11. X. de Transactionibus.* Cuius prohibitionis rationem ipse Pontifex in eo ponit, quod matrimonium sit sacramentum. Quæ ratio cum inter Evangelicæ religioni addictos cesset, nonnulli, inter quos est *Ludovici* in der Einleitung zum *Consistorial-Proceß c. 15. §. 4.* ipsam prohibitionem cessare putant, atque transactionem in causis matrimonialibus indistincte permittunt. Sed, quod non ita pridem *Gribnerus de his, quæ ex jure Protestantium matrimoniali ad reliquias sacramenti perperam referuntur §. 11.* ostendit, fieri posse, ut, quæ forte ex hypothesi de sacramento matrimonii a Pontificibus constituta sunt, sine illo tamen præiudicio & justis ex causis inter nos serventur; hoc quoque ad prohibitionem transactionis pertinet, ut adeo

Gribnerus hanc ipsam inter ea, quæ ex jure nostro matrimoniali ad reliquias sacramenti perperam referuntur, non male in §. 23. numerarit. Scilicet etsi ab illa Pontificiorum doctrina de sacramento matrimonii prorsus recedas, interest tamen ipsius reipublicæ, ut matrimonia promoveantur, nec fides de iis data temere revocetur, id quod regulis etiam honestatis convenit. Quapropter & ex hac ratione matrimonium sanctum dicitur atque arbitrio privatorum exemtum est. Non eo usque tamen sanctitatem illam extendimus, ut, quod Pontificii faciunt, omnem de matrimonio transactionem, etsi auctoritate judicis munitam, illicitam existimemus, sed tunc valere eam arbitramur, cum judicis in causis matrimonialibus competentis, Consistorii videlicet, auctoritas accedit. Eadem sententia est *Carpzovii in Jurispr. Ecclesiast. L. 3. def.* 40. ex qua explicari debet *defin.* 233. *Lib. 2.* nec non *Bergeri in Electis Processus matrimonialis* §. 42. At sine Consistorii consensu celebrata transactio, qua promissioni matrimonii renunciatur, adhuc hodie nulla est, teste *Schœpffero in Synopsi D. tit. de Transactionibus n.* 14. Nec quidquam juvabit transigentes jusiurandum. Quamvis enim huius vinculum merito arctissimum reputetur, hoc tamen ei tribuendum non est, ut negotia, quæ leges utilitatis publicæ causa geri prohibent & privato arbitrio eximunt, corroboret. Vide *Cap. 4. X. de Transact.* ubi transactio contra juris prohibitionem inita atque hinc inde fide præstita firmata in irritum revocatur. Atque sic judicarunt JCti Helmstadienses mense Novembri anni CIↃ IↃ CC IV: Es schützet Beklagter gegen die wider ihn angestellte Ehe-Klage exceptionem renunciationis vor, und will solche aus einem von Notario und Zeugen darüber verfertigten Instrument erweisen. Es scheinet auch, daß hierauf allerdings das Absehen zu richten gewesen, weil unterschiedene Rechts-Lehrer die transaction in Ehe-Sachen bey denen Evangelischen

gelischen zulassen, überdis der angehängte Eyd einen an sich ungültigen actum nach vieler Juristen Meynung gültig machen kan. Gewinnet es diesemnach das Ansehen, als ob auf diese Renunciation erkannt werden sollen. Alldieweil aber das in jure canonico enthaltene Verbot, über Ehe-Sachen nicht zu transigiren, die dem Ehestand schuldige Ehrerbietung zum Grunde hat, folglich auch bey denen Evangelischen nicht völlig aufgehoben, noch die Ehe-Sachen privatorum arbitrio anheim gegeben worden, sondern nur der rigor juris canonici in so weit gemildert ist, daß dergleichen transactiones contra matrimonium mit Vorwissen und Bewilligung des Consistorii aufgerichtet werden können, dahingegen ein solcher ohne Authorität des Consistorii geschlossener Vergleich auch bey denen Evangelischen ungültig ist, und der Eyd allein einen in denen Rechten verbotenen Vergleich nicht kräftig machen kan; So haben wir die Renunciation vor nichtig gehalten und mit Uebergehung derselben auf Fortsetzung des Ehe-Processes gesprochen.

VI.

Transactio esse non potest, in qua ab una saltem parte quid præstatur vel remittitur.

Transactio ex utraque parte negotium onerosum est, & requirit, ut ambo transigentes sibi invicem quid præstent vel remittant. Quod si ab una tantum parte fiat, negotium tanquam transactio valere nequit. Et hoc est, quod Imperatores *in L.* 38. *C. de Transactionibus* aiunt: *Transactio, nullo dato, vel retento, seu promisso, minime procedit.* Quæ regula reperitur & exemplo illustratur *in Lib.* 3. *C. de Repud. vel abstin. hered.* Et recte *Gilken in Comment. ad d. L.* 38. addit, nec tunc quidem transactionem valere, si quidem aliquid, sed modicum & dicis tantum causa, datum sit. Cujus sententia argumento ex *Lib.* 21. *C. de Transact.*

ducto confirmatur, bene tamen a *Mantica de Tac. & ambig. convent. Lib.* 26. *tit.* 1. *n.* 24. limitatur, nisi transactio pro modico ex causa facta sit. Ceterum non ita diu est, quod JCti Helmstadienses transactionem ideo, quod ex altera parte nihil præstitum esset, irritam declararunt. Possessor scilicet prædii equestris aliquamdiu de agro quodam cum rusticis litigaverat. Pendente lite improvisa necessitas supervenit, quæ rusticos, ut mutuam pecuniam ab adversario viro opulento flagitent, cogit. Ille offert quidem pecuniam, sed duras has conditiones, ut sibi fundum quendam sub retrovenditionis pacto, præterea vero agrum istum litigiosum irrevocabiliter cedant, rusticis extorquet. Conficitur ita negotium & speciosum ei transactionis nomen obtenditur. Post aliquod tempus rustici ex angustiis, in quibus hæserant, educti fundum redimunt, simul vero agrum cessum repetunt. Contradicit quidem eques & transactionis exceptionem obiicit, sed frustra. Neque enim transactio dici poterat, in qua rustici jure suo cesserant, nullo contra dato vel remisso. Suberat potius mutuum palliatum & contractus usurarius, legibus Imperii, imprimis *Reformat. Polit. de anno* 1548. *Tit.* 17. & *Ordin. Polit. de anno* 1577. *tit.* 17. prohibitus. Quamobrem sic mense Martio anni CIↃ IↃ CCXV. respondimus: Es ist sonder allen Zweifel, daß die von Beklagtens Vorfahren mit Klägern bey dieser ihrer höchsten Geld-Bedürfniß eingegangene Convention, vermöge welcher die Hud- und Weyde-Gerechtigkeit samt dem Horde-Lager auf dem Ahlbrock jenem wiederkäuflich vor 220 specie Rthlr. verschrieben, dabey aber als zur Zugabe die Harthausische Koppelhude nebst der auf einigen andern Ländereyen der Gemeinde zustehenden Hude unwiderruflich abgetreten worden, ein mutuum palliatum, und in allen Rechten, sonderlich den Reichs-Gesetzen, verbotener wucherlicher Contract sey. Zwar führet Beklagter an, es wäre die Weyde schon da-

mahlen streitig gewesen, und sey demnach deren Veräuserung eigentlich für einen Vergleich zu achten. Alldieweil aber die Ungerechtigkeit des Contracts am hellen Tage lieget, auch, wenn gleich die Herren von B. mit der Gemeinde über die Weyde controvertiret hätten, dennoch der Vorwand einer Transaction allhier keine statt findet, da die Gemeinde solche Weyde ohne das geringste Æquivalent dafür zu empfangen, blos als eine Zugabe bey dem Wiederkauf weggegeben, und aber eine Transaction, daß von beyden Seiten etwas prästiret werde, nothwendig erfordert, so haben wir keine Ursach gefunden, vom vorigen Urthel weder in der Hauptsache, noch wegen der Unkosten abzuweichen, vielmehr Beklagten auch in die Expensen der Revisions-Instanz condemniret.

VII.

Sublata causa, propter quam transactio inita fuit, cessat quoque obligatio ex transactione.

Vt asserti nostri veritas luculentius appareat, exemplo eam illustrabimus. Caius in testamento liberos suos heredes scripserat, viduæque suæ 1000 legaverat, pœnam tamen adiecerat, ut, si forte testamentum impugnaret, legatum perderet. Oritur deinde lis inter viduam & liberos, illa plus petente, his ne quidem in tantam summam se obligatos existimantibus. Transigitur tandem & ab utraque parte, promissis viduæ mille, liti renunciatur. At post transactionem vidua nihilominus testamentum impugnat & succumbit, præterea atroces in defunctum testatorem iniurias evomit. Quæritur igitur, an adhuc summam in transactione promissam exigere possit. Negarunt JCti Helmstadienses mense Augusto anni cIɔ Iɔ cc xiii. Etsi enim transactionis causa a testamento separata esse videatur, transactio tamen illud ipsum ius, quod viduæ ex testamento competebat, pro fundamento habebat. At hoc fun-

 damen-

damentum corruerat, dum vidua & per impugnationem testamenti & per atroces contra testatorem prolatas iniurias indignam se legato reddiderat *Lib.* 9. §. 1. *de his, quae ut indignis*. Collapso itaque fundamento, pactum quoque superstructum corruebat. *Omnia* enim, ut *Seneca de Beneficiis Lib.* 4. *c.* 35. ait, *esse debent eadem, quae fuerunt, cum promitterem, ut promittentis fidem teneas.* Adde *L.* 10. *C. de Revoc. donat.* Sic igitur consulentibus respondebatur: Die achte Frage betreffend, ob die Wittwe, im Fall sie das Testament anfechten, oder gegen den Testatorem sich allerhand Lästerungen vernehmen lassen solte, sich des legati und aller Foderungen an N. H. Verlassenschaft verlustig mache; So entstehet zwar daher ein Zweifel, daß die Kinder sich allbereit mit ihr verglichen, also, wenn gleich nicht ex testamento, dennoch ex pacto ihr die 1000 Rthlr. zu zahlen gehalten seynd. Weilen aber der testator ausdrücklich verordnet, daß die Wittwe, daferne sie mit ihrem legato der 1000 Rthlr. nicht zufrieden seyn, sondern auf einerley Weise seinen letzten Willen zu impugniren sich unterstehen würde, ihres legati der 1000 Rthlr. verlustig seyn solle, hiernächst die Rechte denjenigen, welcher harte Lästerungen wider den Verstorbenen ausstösset, von aller Succession ausschliessen, endlich die Kinder bey Aufrichtung des Vergleichs davon, daß die Wittwe das Testament anfechten oder den Verstorbenen lästern würde, noch nichts gewußt, sondern in denen Gedanken gestanden, daß die Wittwe sich des legati nicht verlustig gemachet, also aus diesem Fundamento den Vergleich eingegangen, welcher nunmehr, da das zum Fundament gesetzte Recht der Wittwen hinweg fället, gleichfalls nicht bestehen kan, zu geschweigen, daß die Wittwe selbst, indem sie den letzten Willen impugniret, von dem Vergleich abweichet; So machet dieselbe, im Fall sie das Testament anfechten, oder gegen den Testatorem sich allerhand Lästerungen vernehmen liesse, sich ihrer Forderungen verlustig.

IIX.

IIX.

Transactio per errorem ex falsa causa inita in irritum revocatur.

IX.

Paterfamilias de incendio, quod familia eius in negotiis ipsius expediendis occupata excitavit, respondere non debet.

Utraque, quam jam proponimus, sententia multum dubii habet. Nos tamen eas contra dissentientes tuebimur; & priorem quidem ex generalibus juris principiis, quibus, ne cui error suus noceat, neve promissio ex falsa causa facta obliget, continetur, imprimis autem ex L. 65. §. 1. *de Condictione indebiti*, in qua Pauli mens hæc est: regulariter transactionem sub prætextu, quod nulla causa subfuerit, retractari non posse, sufficere enim, quod lis inter transigentes intercesserit, dubiumque aliquod adsit; sin autem defectus causæ manifesto probari atque evidens calumnia detegi possit, tunc transactionem imperfectam seu nullam esse & repetitionem locum habere. Adde *Schilterum Exerc. ad D.* 9. §. 4. Quod vero ad alterum assertum nostrum attinet, scimus, multos esse, qui dominum ex famulorum, siquidem hi in expeditione negotiorum eius occupati delinquant, facto obligatum putant, & imprimis hoc de incendio ab iis excitato affirmant. Sed falluntur. Atque contrarium & in æquitate, & in jure Romano L. 11. *de Periculo & comm. rei vend.* & in prisco jure Germanico *Spec. Sax. lib.* 2. *art.* 32. fundatum est. Cetera, quæ in utramque partem disputari possunt, vide apud *Philippi ad Dec. El. Sax.* 79. *Observat.* 2. qui tamen ad nostras partes accedit. Nos solito more utrumque assertum responso JCtorum Vitembergensium equiti cuidam mense Aprili anni CIↃ IↃCCIX. dato illustrabimus: Ist in M. K. Brauhause bey seiner Abwesenheit Feuer ent-

entstanden, welches unterschiedene Coßäten-Höfe verzehret und dem Herrn an 500 Rthlr. Schaden verursachet. Als nun derselbe die Ersetzung solches Schadens von M. K. begehret, hat dieser sich mit ihm, daß er ihm dafür seinen Erb-Krug abtreten wolle, verglichen; dagegen der Herr aus Gutwilligkeit noch 100. Rthlr. herauszugeben versprochen. Wie aber ermeldeter K. zur Publication eines hierüber aufgerichteten gerichtlichen Recessus vorgeladen worden, ist er mit einer Protestation dagegen eingekommen, und suchet unter dem Vorwand, daß er als ein einfältiger Mann bey dem Contract übereilet worden, auch an der Feuersbrunst gantz keine Schuld trage, den getroffenen Vergleich umzustossen. Wannenhero der Herr, ob diese von M. K. eingewendete Protestation erheblich, zu wissen verlanget. Ob nun gleich derselbe fürwendet, es sey M. K. von ihm keinesweges übereilet, sondern vielmehr durch sein Gewissen, welches ihn der an der Feuersbrunst tragenden Schuld überzeuget, zu Eingehung des Vergleiches bewogen worden, könne auch mit der fürgeschützten Abwesenheit den Verdacht, daß die Feuers-Brunst durch seine Nachläßigkeit ausgekommen, nicht abwenden, indem zum wenigsten sein Gesinde bey Verrichtung seiner des K. Arbeit unvorsichtig mit dem Feuer umgegangen, ein Haus-Vater aber fleißig und aufmercksam Gesinde zu miethen, auch, da er solches nicht gethan, und durch ihre Verwarlosung, sonderlich in seinen Geschäften, andern Leuten Schaden geschiehet, solchen zu tragen schuldig; Alldieweil aber daher, daß die Feuers-Brunst durch des Hausgesindes Verwarlosung entstanden, M. K. selbst keine Schuld beygemessen werden können, derselbe auch, den von seinem Gesinde andren Leuten verursachten Schaden zu ersetzen, nach keinem Rechte verbunden gewesen, folglich der mit dem Herrn zu Ersetzung solches Schadens aufgerichtete Vergleich ex falsa causa hergeflossen, und also, da auf Seiten M. K. gar keine Obligation oder causa dubia vorhanden, an sich selber null und nichtig ist, auch, daß er als ein einfältiger Bauers-

Mann

Mann durch Vorstellung einer so hohen Prætension und noch darzu gedroheten Strafe übereilet und zu Ueberlassung des Gutes bewogen worden, sattsame Vermuthung vorhanden, demnach wider solche transaction restitutionem in integrum zu bitten wol berechtiget ist; So erscheinet dannenhero so viel, daß die von M. K. eingewendete Protestation genugsam erheblich; es könte und wolte denn der Herr gebührend und mit bessern Gründen, als in dem Berichte geschehen, ausführen, daß die in M. K. Brauhause entstandene Feuers-Brunst nicht so wol durch sein Gesinde, als seine eigene Verwarlosung entstanden.

COROLLARIA.

1 Transactio a fratre cum stupratore super quantitate alimentorum infanti præstandorum privatim inita valet, si mater infanti tutrix sit constituta; alias non.

2 Recte *Bergerus in Oeconomia juris p. 1209.* asserit, transactionem, qua sponsalia dissolvuntur, coram Superintendente factam non valere.

3 Procurator judicialis, etsi cum libera datus sit, transigere nequit.

SPECIMEN XLIIX.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. III. TIT. I.

DE

A D V O C A T I S

PVBLICE DEFENSVM

A

PHILIPPO CONRADO HVGONE,

HANNOVERANO.

D. VI. JVNII ANNI CIↃ IↃ CCXVI.

I.

Nec contemnendi sunt nimis advocati, nec immeritis laudibus extollendi.

II.

Advocatis nobilitas generis inepte tribuitur.



nfinitus est eorum, qui de advocatis scripsere, numerus. Sed pauci sunt, quos, cum de dignitate advocati agunt, sine risu legere liceat. Plerique, qui ipsi ex ordine advocatorum fuerunt, nihil tam gloriosum & magnificum dici posse putant, quod non longe infra advocatorum meritum sit. Igitur cum in terrarum orbe nullam virtuti suæ parem laudem reperiant, cœlum ipsum stultitia petunt, nec in inferiore loco, qui sacris geniis & divinis heroibus datus est, subsistunt, sed supremum sanctissimumque solium invadunt, Deum ipsum, credo, gigantum more deturbaturi, nisi nomen suum inter advocatos profiteatur. Hæc certe frequens antiquorum dementia fuit, ut Christum & Spiritum sanctum ordini suo insererent, quamvis & inter illos, teste *Zieglero in Rabulistica cap.* 1. §. 5. aliqui fuerint, qui errorem ceterorum agnoscerent, & maiestati divinæ istiusmodi munus haud convenire faterentur. Sed facilius ignoscas prisco seculo superstitioso tenebrisque immerso. Nostrum autem, quod tam cultum tamque perspicax videri vult, quis excusaverit, si in eo quoque homines, qui Christum causidicorum collegio adscribunt, tolerentur. Et tolerantur tamen. Nec Germanorum saltem hæc stoliditas est, sed Gallorum quoque, hominum, si Diis placet, acutissimorum, & ingenio, ut ipsi de se prædicant, atque judicio delicatissimo præditorum. Et his quidam anno CIↃ IↃ CCXII. Parisiis libellum edidit, quem *l' Eloge & les devoirs de la Profession d' Advocat* in-

inscripsit, in quo stylo plus quam florido, ac fere luxuriante, advocatis adulatur. Nullum vero est inter elogia eius putidius, quam quod divinam illis originem adscribit. Ait scilicet, Christum ipsum post lapsum primorum parentum nostrorum suscepisse apud Deum advocationem posteritatis eorum, quam, ne Christus contra regulas boni causidici malam causam defendere videatur, infelicem magis quam sontem, *plus malheureuse que coupable*, vocat. Ne tamen gratis illum in honestissimum advocatorum cœtum retulisse credatur, nulla est ex laudibus & virtutibus eius divinis, quam non cum collegis communicet. Ita enim ait: *On ne doit pas être surpris, de trouver dans une profession sortie d'une source divine une nature bien faisante, également sage & elevée dans ses mouvemens, qui ne met en oeuvre, que les lois & la raison. Attirer sans contrainte, se faire suivre sans commandement, se produire sans vanité, attaquer & defendre sans peril, ceder sans honte, & triompher sans orgueil, ce sont ses caracteres: s'enrichir sans rapine, s'accrediter sans cabale, s'élever sans faveur, se maintenir sans bassesse, vieillir sans corruption, ce sont ses avantages; avoir de joyes pures, une gloire sans tache, une réputation sans bornes, une merite sans envie, c'est son bonheur & sa perfection.* Cum igitur hic scriptor advocatos ad divinum fastigium evehat, facilius ignoscere poterimus *Carpzovio* errorem suum, quo ille *lib.* 3. *Responso* 1. *n.* 11. generis nobilitatem iis tribuit. Quod absurdum prorsus est, nec ab ullo, quod meminerim, præter *Carpzovium*, asseritur. Etsi enim *Carpzovius Tiraquellium* tanquam consentientem secum memorat, hic tamen *de Nobilitate cap.* 29. *n.* 11. officii saltem nobilitatem eis vindicat, quæ a generis nobilitate longissime differt. Quod vero idem *Carpzovius d. l. n.* 3. advocatos religiosis ac prædicatoribus anteponit, hoc jam ante eum *Henricus de Segusio Cardinalis Hostiensis in summa aurea*

 procem.

proœm. n. 5. dixit. Huic ergo, qui ipse Pontificius & Archiepiscopus fuit, & tamen eius doctrinæ auctor exstitit, non Carpzovio auctoritatem tanti viri secuto, irasci debuisset *Hagemannus*, monachus Benedictinus, *de Omnigena hominis nobilitate lib. 4. tit. 7. n. 10.* Non tamen dissimulabimus, nos quoque istud & innumera eius generis elogia, quibus vulgus advocatos onerat, pro nimiis, immeritis & invidiosis reputare. Honestum est advocati munus & nobile, id est clarum & celebre, non divinum, nec illustre, nec cum equestri dignitate coniunctum. Ein Advocat, ut cum *Limnæo de Jure publico lib. 8. c. 8. n. 104.* loquamur, ist edel, aber doch kein Edelmann. Nec obstat nobis vox nobilissimi, quæ in L. 7. *C. de postulando* reperitur. Romani enim non equites saltem, sed promiscue omnes, qui sive bonis sive malis factis nomen suum celebre rediderant, nobiles appellabant. Sic *Cicero* nobilissimum philosophum pro clarissimo dicit, & Isocratem nobilem rhetorem, orationem quandam suam nobilem, taurum Phalaridis nobilem, facinus nobile, hominem vitiis nobilem appellat. Et *Livius lib. 39. c. 9.* Feceniam, ex infima plebe mulierculam, nobile scortum vocat. Igitur nec Romani dubitarunt, hoc titulo advocatos clariores insignire. Qui tamen propterea equestrem dignitatem haud nanciscebantur, nisi princeps eos in hunc ordinem adsciscerct, quod Massurio Sabino accidisse, Pomponius in L. 2. §. 47. *de Origine juris* testatur. Nunc autem occurendum est & illis, qui nimis adiecte de advocatis loquuntur, quorum profecto non exiguus numerus est. Ex priscis juris auctoribus nonnulli operam dederunt, ut professionem advocati vilem esse ostenderent, multis ad hoc legibus abusi, ducto imprimis ex ordine Pandectarum argumento, quod ibi titulos *de his, qui notantur infamia*, medius est inter titulos *de Postulando* seu de advocatis & *Procuratoribus*. Sed hæ ineptiæ responsionem non merentur.

Alii

Alii virulentius vitia & improbitatem quorundam rabularum ad omnes advocatos transferunt atque eorum ordinem sententiam malorum esse sine exceptione affirmant. Jam ex veteribus *Plutarchus de Fœnore* forum ἀσεβῶν χώραν, impiorum regionem vocat. Inter recentiores *Petrus Blesensis* & ex eo *Jo. Streinius in Præfat. P.* 3. *Summæ juris can. Horum*, inquit, *moribus si par est criminantium oratio*, *nihil eo hominum genere vivit sceleratius. Proprium illis*, *si Blesensi credimus*, *jura confundere*, *lites suscitare*, *transactiones rescindere*, *dilationes innectere*, *supprimere veritatem*, *fovere mendacia*, *quæstum sequi*, *æquitatem vendere*, *inhiare actionibus*, *versutias concinnare*. Nec pauci fuerunt, qui advocatos prorsus e republica eliminandos dicerent. Inter antiquos *Columella in præfat: sine causidicis*, ait, *olim satis felices fuerunt futuræque sunt urbes.* Et Cato apud *Plinium Natur. hist. lib.* 19. *c.* 1. forum muricibus sternendum censuit. Huc pertinet famosa illa Reformatio Moguntina & declarationes eiusdem, quas *Goldastus* in denen Reichs-Satzungen *p.* 166. & *Mullerus* im Reichs-Tags-*Theatro p.* 58. exhibet. Rectius vero cordatiores non omnes promiscue causidicos damnant sed discrimen inter pios advocatos & improbos rabulas faciunt, illosque meritis laudibus mactant, horum vero turpitudinem ut par est, revelant. Fecit id ex priscis *Ammianus Marcellinus lib.* 30. *cap.* 5, 6, 7. docte & graviter, quem imitatus est *Zieglerus in Rabulistica*. Mereri quoque aliquam laudem superiori seculo voluit *Holtermannus*, Doctor Marburgensis, edito *de Nequitia advocatorum* commentariolo, in quo tamen nullum nobis eruditionis, elegantiæ vel ingenii vestigium reperire licuit, contra quem *Franciscus* quidam, *Cliens Judicium Defensivum dictum Virgæ! Virgæ!* stylo magis adhuc impolito & barbaro scripsit; dignus uterque, ut monumenta eorum mox obliteret vetustas.

III. *Ad-*

III.

Advocatus, si imploretur, potest atque etiam debet officium suum adversus magistratum, cui subest, praestare.

IV.

Non bene facit magistratus, qui advocatos recipiendos jurejurando, ne contra se vel membra sua postulent, obstringit.

An advocatus causam clientis, qui opem ejus expetit, contra magistratum suum tueri queat, dubitari potest ideo, quod hoc quodammodo cum reverentia magistratui debita pugnare videatur. Sed verius est, posse id eum salva reverentia hac facere. Namque primo reverentia tunc saltem laeditur, cum quid contra jus fit. At si quis justam causam defendendam suscipit, non contra, sed secundum jus & aequitatem facit. Deinde in L. 7. C. *de Postulando* advocati, si cuicunque parti patrocinium denegent, foro carere jubentur. Tum iniquissimum foret, cives & inferioris conditionis homines ope advocatorum destitui atque iniuriis magistratuum indefensos exponi. Porro exemplum vasalli hunc trahi potest, qui, etsi summam domino reverentiam debeat, in civili tamen causa adversus eum postulare non prohibetur, teste *Tabore Disputatione Wesembeciana* 9. *quaest.* 6. a quo, *Strykius ad Lauterbachium tit. de Postulando* dissentit, sed sine sufficiente ratione. Tandem ipse Imperator facillimus permittit, ut advocati in summis Imperii tribunalibus, si quae privatis cum illo lis oriatur, horum causam contra ipsum tueantur. Idem & ceteri Principes Imperii & Reges exteri in suis judiciis indulgent, quin ipsi nonnunquam praemiis afficiunt eos, qui

qui ſtrenuam civibus contra ipſos operam præſtiterunt. Memorat auctor libelli Pariſiis nuper editi, qui *l'Eloge & les devoirs de la profeſſion de l'Avocat* inſcribitur, Franciſcum Montholonium ad ſummas in Gallia dignitates ideo evectum fuiſſe, quod Franciſci I. regis & reginæ matris jura fortiter pro Carolo Borbonio oppugnaſſet. Quibus rationibus permoti non ſolum *cum Carpzovio P.* 1. *C.* 1. *defin.* 21. advocatum in cauſa juſta patrocinium civibus contra magiſtratum præſtantem nec jura civitatis amittere, nec pœnam incurrere, ſtatuimus, ſed & cum *Mevio P.* 1. *dec.* 155. *n.* 9. compelli illum ad hoc poſſe, exiſtimamus. Conſentiunt JCti Helmſtadienſes, negantque bene facere magiſtratum, qui advocatos recipiendos jureiurando, ne contra ſe membrave ſua poſtulent, obſtringit; quemadmodum ex reſponſo menſe Martio anni cIɔ Iɔ ccxv. ab illis dato apparebit: Wird gefraget, ob ein Senatus einen Advocaten zu Abſtattung eines ſolchen Eydes, daß er ſo wenig wider den Rath, als deſſen membra in ſpecie, advocando & patrocinando ſich gebrauchen laſſen wolle, von Rechtswegen anhalten könne. Nun iſt zwar ein ſolcher von dem Rath zum Advocato ordinario beſtellter Mann nicht allein als ein Unterthan, ſondern auch als ein Client anzuſehen, welcher bekannten Rechten nach ſeinen Patron nicht leichtlich, ſonderlich mit keiner actione famoſa, dafür die Injurien-Klage geachtet wird, belangen ſoll: Geſtalt auch dergleichen Advociren dem obrigkeitlichen Reſpect zuwider zu laufen ſcheinet. Dieweil aber dennoch höchſt unbillig wäre, wenn Bürger und andere Unterthanen, im Fall ſie eine rechtmäßige Klage wider eine Raths-Perſon hätten, hülflos gelaſſen werden ſolten, welches doch alsdenn geſchehen würde, wenn der Rath die ihm unterworfene Advocaten zu dergleichen Eyd anſtrengete; Hiernächſt ein Advocatus ordinarius eben dazu beſtellet wird, daß er Vornehmen und Geringen beyſtehe, auch niemand, der eine gerechte Sache hat, bey Verluſt ſeines Amtes

seine Hülfe versage, folglich dadurch, daß er denen Unterthanen wider seine Obrigkeit advocando bedienet ist, nicht allein nicht unrecht handelt, sondern auch hierdurch vermöge seines Amtes und Gewissens verbunden ist, im übrigen dergleichen Advociren dem der Obrigkeit schuldigen Respect nicht zuwider laufet, in Erwegung, daß sowol ein Vasall wider seinen Herrn, welchem er doch die größte Ehrerbietigkeit schuldig ist, in Civil-Sachen advociren mag, als auch Fürsten und Herrn, ja Kayserl. Majest. selbst, denen bey ihren hohen Gerichten bestellten Advocaten vergönnen, Processe, welche ihre Unterthanen wider sie selbst anstellen, anzunehmen; So würde ein Senatus nicht wohl thun, wenn er die von ihm bestellten Advocaten vermittelst Eydes dahin, daß sie weder wider den Rath selbst, noch dessen membra advociren dürften, anhielte.

V.

Errorem ab advocato in scriptis commissum dominus post triduum etiam revocare potest.

VI.

Error ab advocato commissus etiam post conclusionem in causa allegari & rescissio conclusionis peti potest.

Communis est regula, quam ex *L.* 3. *C. de Errore advocatorum* eliciunt DD: Error ab advocato commissus intra triduum corrigi debet. Qua regula deceptum vulgus existimat, elapso triduo correctioni prorsus locum non esse, sed errorem illum pro veritate accipi. At, si rem recte consideres, idem hic DD. accidit, quod sæpe illis usu venire solet, ut exceptionem pro regula amplectantur. Scilicet non regula est, sed exceptio a regula, quæ *in ista L.* 3. habetur. Regula potius *in L.* 1. *&* 2. *C. eodem* illaque prorsus vulgatæ isti contraria proponitur: Error nempe ab advocato commissus omni tempore emendari potest.

A qua

A qua regula unus in L. 3. excipitur casus, si præsens fuit dominus causæ, cum error committeretur. Tunc enim aut intra triduum contradicere, aut saltem post sententiam appellare eum oportuit. Igitur quæ advocati, absente causæ domino, per errorem proponunt, semper revocari possunt. Quare cum hodie plerumque scripto in judiciis procedatur, scriptum tale, si quid erronei contineat, quocunque tempore emendari potest. Id vero adhuc dubium videtur, liceatne domino post conclusionem causæ, si forte in ipsa inrotulatione errorem animadvertat, rescissionem conclusionis tempusque ad corrigendum petere. Equidem post conclusionem, ut vulgo dicunt, os clauditur partibus. Verum & hæc regula infinitas patitur restrictiones, inter quas non ultima est, si talis exceptio emergat, quæ etiam post sententiam jam latam admittitur. Hanc enim multo magis post conclusionem in causa admittendam esse, recta ratio docet; Quod & *Brunnem. ad Auth. Jubemus C. de Judiciis & Wesemb. Consil.* 123. *n.* 17. agnoscunt. Exceptionem vero erroris ab advocato commissi post sententiam quoque audiri, nemo inficiabitur, qui modo verba *L.* 3. *C. de Errore advocatorum* recte considerat. Permittitur enim ibi ob hujusmodi errorem appellationis remedium post sententiam. Cum igitur judex quidam mense Martio anni CIↃ IↃ CCIX. acta, neglecta protestatione, quam reus in ipsa inrotulatione ob animadversum advocati sui errorem interposuerat, ad JCtos Vitembergenses misisset, atque ut sententiam conciperent, petiisset, hi acta remittere & reo corrigendi erroris facultatem facere non dubitarunt: Daß Beklagter mit seiner rechtlichen Nothdurft und Correction der von seinem Advocaten begangenen Irrthümer nochmals billig zugelassen wird, ferner darauf zu beschehen, was recht ist. Cui sententiæ hæ subiectæ sunt rationes: Ob gleich Kläger fürwendet, es sey die verlangte Correction der von Beklagtens

Advocaten in facto begangenen Irrthümer ad rescissionem conclusionis nicht zulänglich, indem die Rechte solche nur binnen drey Tagen verstatten, dahingegen Beklagter, ungeachtet ihm Klägers Exceptions-Schriften zugeschicket worden, und er daraus die von seinem Advocaten begangenen Fehler wol ersehen mögen, einige Wochen, ohne solche zu verbessern, vorbey streichen lassen, und wäre dannenhero derselbe nunmehr mit seinem Suchen billig abzuweisen gewesen; Alldieweil aber diejenigen Exceptiones, welche annoch post sententiam mögen opponirt werden, vielmehr post conclusionem causæ zu admittiren seynd, die Exceptio erroris advocati aber also beschaffen, daß selbige jederzeit und in quacunque judicii parte etiam post sententiam per modum appellationis muß gehöret werden, und ob schon *in L.* 3. *de Errore advocat.* daß die Correction binnen drey Tagen geschehe, erfordert wird, solches doch nur von den Irrthümern, so in Beyseyn der Parthey, keinesweges aber von denen, so in deren Abwesenheit entweder mündlich oder schriftlich von dem Advocaten begangen werden, zu verstehen ist, als welche letztere jederzeit verbessert werden mögen, wie denn ohnedes Beklagter dieses Fehlers nicht wohl eher innen werden können, bevor er bey fürgehabter Inrotulation die Acta und zugleich die von seinem Advocaten übergebene Supplication-Schrift durchgesehen; so haben wir bey so gestalten Sachen, daß Beklagter mit seiner Correction annoch zuzulassen, billig erkannt.

VII.

Error advocati, præsente causæ domino, commissus intra triduum, quod statim a momento prolati erroris computandum est, emendari debet.

Illustris *Bergerus in Electis Discept. for. tit.* 16. *Observ. n.* 3. ubi multa egregia more suo de emendatione errorum ab advocatis commissorum commentatur, hoc inter cætera quærit, utrum triduum illud, intra quod dominus causæ erro-

errorem se præsente ab advocato admissum corrigere debet, computandum sit a momento commissi erroris, an demum a termino mox a judice ad ulterius in causa procedendum præfixo, atque adeo ab eo die, quo denuo potuit & debuit causam secundum stylum judicii prosequi einbringen, verfahren, advocatus. Et ipse quidem, quid super ea quæstione sentiat, non expromit, addit saltem, secundum posteriorem sententiam censuisse summum Provocationum Senatum. At prior sine dubio convenientior est intentioni eorum, qui *L.* 3. *C. de Errore advocat.* condiderunt. Diocletianus scilicet & Maximianus, qui eius legis auctores sunt, voluerunt, ut error advocati a præsente domino confestim, nullo interiecto tridui aut etiam brevioris temporis spatio, corrigeretur. At triduum illud infarsit demum Tribonianus. Id quod & ex voce *palam*, quam retinuit Tribonianus, & ex *Basilicorum L.* 8. *tit.* 1. *lege* 43. ubi eadem *lex* 3. omissa tridui mentione, habetur, apparet. Consentit nobiscum *Jac. Gothofr. ad L. un. Cod. Theod. de Erroribus advocat.* Sed tamen & Triboniani mens fuit, triduum illud statim a momento erroris commissi computare, id quod vel ex voce *proximo*, quam *triduo* adiecit, constat. Confirmat opinionem nostram, quod *in L.* 18. *C. de Judiciis* similiter vox illico per triduum proximum explicatur, atque simul, *sine ulla dilatione*, additur.

COROLLARIA.

1 Advocatus damnum si quod vel per culpam levissimam vel etiam per ignorantiam juris tam communis quam singularis in eo foro, coram quo litigat, recepti clienti suo dederit, resarcire debet. Vide *L.* 21. *C. de Mandati.*

2 Advocatus salarium a cliente petere potest, tametsi in causa succubuerit, arg. *L.* 10. *§.* 1. *de Neg. gest.*

3 Magistratus, qui hominem indoctum & inhabilem inter advocatos recepit, ad damnum ab illo datum resarciendum actione subsidiaria tenetur.

SPECIMEN XLIX. MEDITATIONVM AD PANDECTAS AD LIB. III. TIT. I.

DE

ADVOCATIS FISCI

ELABORATVM ET PVBLICE DEFENSVM

A

FRIDERICO WILHELMO LEYSERO,

HANNOVERANO.

D. XXII. IVLII ANNI CIↃ IↃ CCXIV.

I.

Odium advocatorum fisci sæpe immeritum, sæpe etiam meritum est.

Dum nuper *M. Fabii Quintiliani Institutiones oratorias* evolvi, incidi *in Libri XII. Cap. VII.* atque in illis maxime verbis hæsi, quæ circa principium statim reperiuntur: *Accusatoriam vitam vivere, & ad deferendos reos præmio duci, proximum latrocinio est.* Ut hæc vidi, recordari cœpi popularis istius odii, quo plerumque advocati fisci premuntur. Eorum enim vita quodammodo accusatoria est, ipsique publico stipendio & propositis præmiis ad deferendos reos conducuntur. Itaque dum huic officio suo, in quo principis auctoritate constituti sunt, exacte satisfaciunt, maximam subeunt invidiam, ut ipse Imperator *in L. 4. C. Ne fiscus vel respublica procurationem* fatetur, & acerrime exagitatur. Nec

Nec eorum tantum offensionem incurrunt, qui, ipsis aliquando accusantibus, condemnati causam qualemcunque inimicitiæ suæ prætendere possunt. Sed alii quoque sibi male conscii, dum eadem ab illis calamitatem metuunt, se quasi in antecessum ulciscuntur & de inhumanitate eorum atque inexorabili duritia ubique conqueruntur. A nonnullis diaboli regis appellantur, ut patet ex *Menagianis Tom.* 1. *pag.* 283. Ista porro convitia ad vulgus imperitum serpunt, quod pronis animis omnis generis calumnias accipere, credere, & in maius augere consuevit. Hæc itaque rudis plebecula, dum de fiscalibus, sic enim communiter ex *L.* 4. *C. Nec fiscus vel respublica procurationem* vocantur patroni fisci, quidpiam inaudit, non hominum sibi, sed pestis cuiusdam publicæ imaginem effingit, atque periculum ab illis vitæ bonisque suis impendere, vano metu auguratur. Atque hinc est, quod apud imperitum vulgus advocati fisci pro tyrannis habentur, dicunturque, ut est apud *Martialem Spectaculorum libro Epigramm.* 4.

Turba gravis pacis, placidæque inimica quieti,
Quæ semper miseras sollicitabit opes.

Hæc cogitans indignatus sum, viros optimos ac reipublicæ apprime utiles & necessarios eo ipso, quod impositi sibi muneris partes fideliter atque sedulo implent, odiosos reddi. Igitur constitueram ab initio, advocatos fisci ab immerita hac invidia publico scripto vindicare, & refellere falsam, quam homines de eorum tyrannide conceperunt, opinionem. Posteaquam vero istud consilium meum viris eruditis aperui, atque suppeditata mihi ab illis scripta evolvi, accepi ipseque animadverti, multos quidem fisci patronos iniustas criminationes pati, tamen nonnullos im-

pro-

probitate sua easdem mereri, & efficere, ut probra, quibus soli digni erant, ad reliquos etiam traducantur. Quapropter mutavi propositum, atque non solum iniquos advocatorum horum osores refellere, sed simul vitia & errores, quibus nonnulli ex advocatis istis inimicitias hominum in se provocant, commonstrare decrevi.

II.

Definitio advocati fisci.

Perfectam advocati fisci definitionem dare, ideo difficile erit, quod conditio eorum pro diversis, in quibus vivunt, provinciis eadem non est, sed varia admodum. Inspiciendæ ergo essent singulorum locorum leges & consuetudines, quæ officium advocatorum fisci complectuntur. Quæ res infiniti laboris, nec tamen magnæ utilitatis foret. Igitur brevi descriptione potissima capita, in quibus plerorumque locorum jura conveniunt, comprehendemus. Advocatus scilicet fisci est persona publica auctoritate ad hoc constituta, ut super juribus fisci conservandis vigilet, debitores fisci excutiat, atque reos, qui publicam meruerunt pœnam, in judicio persequatur. Ubi tamen, quod ad ultimum attinet, observandum est, in Saxonia, multisque aliis Germaniæ provinciis, in quibus, abrogatis maxima parte accusationibus, inquisitiones introductæ sunt, accusandi officium, quod advocatis fisci competit, non quidem omnino cessare, rarius tamen locum invenire. Sunt etiam aliqui tantummodo casus, quibus usus accusationis superest, & advocati fisci officium suum interponunt, puta, cum processus banni adversus absentem & fugitivum decernitur, cum contra vasallum ob feloniam ad feudi privationem agitur, cum aliæ res commissæ

missæ & fisco debitæ possessoribus extorquentur, cum mulctæ legibus statutæ a delinquentibus exiguntur. Extra hos & similes casus judex, non exspectato fisci advocato, ex officio in illos, qui crimen admisere, inquirit, pœnamque statuit.

III.

Procuratores fisci quinam fuerint.

Etsi vero hodie procuratoris & advocati fisci nomina promiscue soleant adhiberi, tamen, si rem ab origine repetas, maximum inter utrumque est discrimen, quod plerique juris Romani interpretes non observant. Id vero ut recte explicemus, necesse erit, officium procuratoris fisci accuratius secundum distincta tempora considerare, ut loca priscorum auctorum, legesque, quibus modo plus, modo minus procuratoribus istis tribuitur, melius intelligamus. Illam enim distinctionem temporum *Lipsius in Excurs. ad Tacit. Annalem XII.* & *Bachovius in Commentario ad Digesta lib.* 1. *tit.* 19. qui ante nos horum procuratorum officium ex antiquitatibus eruere voluerunt, non satis attendisse & rem propterea tenebris quodammodo involvisse videntur. Illud autem in antecessum monemus, procuratorem fisci alio nomine procuratorem vel curatorem Cæsaris, item rationalem dictum fuisse. Officia enim hæc eadem, non diversa esse, manifeste satis, quicquid alii sine auctoritate boni scriptoris dicant, colligimus ex collatione loci apud *Capitolium in Maximinis cap.* 14. cum *tit. ff. de officio procuratoris Cæsaris vel rationalis.* Procurator itaque fisci ad hoc ab initio constitutus erat, ut reditus publicos colligeret, administraret, dispensaret, & in rationes referret. Nulla tunc ipsis competebat jurisdictio. Ita *Dio lib.* 53: *Procuratores*, inquit, *vocant, qui publicos reditus colligunt, & impensas ex præcepto faciunt.* Idem *Dio lib.* 57: *Capitonem*, ait, *Asiæ procu-*

ratorem in senatum introduxit, objiciens, & quod militibus esset usus, & alia quaedam, perinde ac si imperium haberet. Non enim licebat tunc his, qui principis pecunias administrabant, aliquid amplius facere, quam definitos reditus colligere, & de controversiis in foro instar privatorum disceptare. Adde de eadem re *Tacitum Annali IV. capite* 15. His cancellis procuratorum fisci vel Caesaris potestas sub Augusto primisque Tiberii annis circumscribebatur. Omnis tunc juris dicendi in causis publicis privatisque potestas apud senatum, & qui ex illo ad provincias regendas ablegabantur, erat, quorum judicium ipsi procuratores sequi necesse habebant. Clarissime hoc ex *Taciti Annali IV. c.* 6. & 7. apparet. At postquam Tiberius, mortuo Druso filio, modestiam exuisset, Senatusque auctoritatem infregisset, procuratores eius suum quoque jus latius extendebant, & ea, quae ad Proconsulum & Praesidum officium pertinuerant, sibi arrogabant. Unde frequentissime ipsis cum his magistratibus contentiones intercedebant, ut ex *Tacito in Vita Agricolae cap.* 9. patet. Primum causarum fiscalium cognitionem suscipiebant. Inde in iis potissimum provinciis, in quibus nulli Praesides Proconsulesque erant, causas etiam criminales ceterasque maioris momenti ad se trahebant. Id quod exempla Pontii, Petronii & Cumani, procuratorum Judaeae, apud *Josephum de bello Judaico* ostendunt. Deinde vero, ut *Tacitus Annali XII. cap.* 60. memorat, sub Claudio etiam Senatusconsultum factum, eoque jurisdictio istorum procuratorum ita stabilita est, ut res ab ipsis judicatae parem vim haberent, ac si ipse Caesar statuisset. Atque ex eo tempore inconcussa horum procuratorum potestas stetit, si Traiani imperium excipias, qui, ut pleraque ad statum, in quo Augusti tempore fuerant, reducere conatus est, sic & procuratorum auctoritatem depressit iterum, ipsosque tribunali aliorum magistratuum submisit. Colligimus id ex *Plinii Panegirico*, in

in quo hæc habentur: *Dicitur actori atque etiam procuratori tuo: In jus veni, sequere ad tribunal.* Alexander quoque Severus de infringenda procuratorum horum potentia cogitasse videtur. Nam teste *Lampridio in vita ejus cap.* 46. rationales cito mutavit neminemque nisi annum complere passus est, & bonos quoque odio habuit, ac malum necessarium vocavit. Sed sub reliquis Imperatoribus procuratores pristinam potentiam & jurisdictionem conservasse, plurimæ indicant leges; ex quibus tamen apparet, differentiam intercessisse inter procuratores earum provinciarum, quibus simul Proconsules aut Præsides præerant, & earum, quæ tantum procuratoribus, non aliis magistratibus, cohibebantur. Illi in solis fiscalibus causis judices erant, ceteras omnes Proconsulibus Præsidibusque relinquebant, ut ex *l.* 9. *pr. de officio proconf. l.* 5. *C. Ubi causæ fiscales* constat. Hi vero simul officio Præsidis fungebantur, adeoque & de criminibus & de ceteris causis gravioribus judicabant. *L.* 4. *C. ad L. Fabiam de plagiariis.* Adde *l.* 18. *C. Th. de appellationibus.*

IV.

Procuratores ab advocatis fisci sunt diversi.

Nunc facilius percipiemus differentiam, quæ inter procuratores atque advocatos fisci de jure Romano intercedit. Procuratores, ii scilicet, qui vice Præsidis non fungebantur, bona fisci Cæsarei, excepta tamen alienandi facultate, libere administrabant, *l.* 1. *pr. &* §. 1. *de officio procuratoris Cæsaris* debitores fisci ad solutionem compellebant, *l.* 3. *C. de conveniendis fisci debitoribus* causas dubias ad fiscum pertinentes, antegressa cognitione legitima, sententia sua dirimebant *l.* 5. *ubi causæ fiscales.* Conditio itaque eorum proxime accedere videtur ad dignitatem illorum, qui in nostrorum Principum aulis fisco seu Cameræ præfecti sunt, at-

que vulgo Commer-Präsidenten und Räthe vocantur. Sed advocati fisci sub his judicibus suis, ita enim procuratores fisci & præfecti ærario in *l.* 3. *de his*, *quæ in testamento delentur* vocantur, actiones instituebant, causasque fisci proponebant, vel, si fiscus a privatis conveniebatur, defendebant, *l.* 4. *de Advocatis fisci.* At hodie, uti jam diximus, in plerisque locis advocati & procuratores fisci promiscue accipiuntur, in nonnullis etiam, ordine inverso, maior est advocatorum fisci quam procuratorum dignitas, uti patet ex *Antonii Solæ Commentariis in Decreta Sabaudica lib.* 4. *tit.* 8.

V.

In libera Romanorum republica nulli erant advocati fisci, sed accusationes ab adolescentibus plerumque instituebantur.

Nunc de origine & prima advocatorum fisci constitutione dicendum est. In libera Romanorum republica neminem peculialiter istud munus gessisse reperimus. Ne tamen commoda publica negligerentur, nec actiones vel accusationes quas institui reipublicæ intererat, omitterentur, prudentissime provisum erat. Eadem scilicet arte, qua in ceteris rebus suis, hic quoque utebantur Romani, ut sola honoris & laudis obtinendæ spe, nullo autem præterea lucro proposito, cives ad ea munera, ad quæ hodie stipendio conductis hominibus utimur, obeunda incitarent. Adolescentes itaque, qui eloquentiæ famam sibi parare, atque viam ad forum & dignitates publicas aperire cupiebant, nullam portam patentiorem habebant quam per huiusmodi actiones & accusationes. Confirmat hoc *Apulejus in Apologia*: *Neque gloriæ*, inquiens, *causa me accusat*, *ut M. Antonius Cn. Carbonem*, *C. Mutius A. Albatium*, *P. Sulpitius Cn. Norbanum*, *C. Furius M. Aquillium*, *C. Curio Qu. Metellum.*

lum. Quippe homines eruditissimi, juvenes, laudis gratia primum hoc rudimentum forensis operæ subibant, ut aliquo insigni judicio civibus suis noscerentur; qui mos incipientibus adolescentulis ad illustrandum ingenii florem apud antiquos concessus diu exolevit. Et *Plutarchus in Lucii Luculli vita*: Uti nos, ait, generosis canibus ad insectandas feras utimur, sic Romani juvenes suos ad accusandos & agitandos homines improbos instigarunt. Vide omnium elegantissime hac de re agentem *Ciceronem lib. 2. de Officiis n.* 47. 49. 50.

VI.

Accusatoris nomen apud priscos Romanos pro convitio habebatur.

Neque vero soli juvenes accusationibus operam dabant, sed plurimi etiam viri celebres & oratores exercitati, vel privato odio, vel publici boni amore inducti accusationes suscipiebant. Id vero, si semel aut bis fieret, tolerabatur. At si quis sæpius capitis aut bonorum periculum aliis inferret, is accusatoriam vitam vivere dicebatur, publicumque odium incurrebat. Vulgo etiam accusator vocabatur, nomine bonis omnibus maxime inviso. *Cicero* id testatur *lib. 2 de officiis n.* 49. *&* 50. *Laudabilior*, inquiens, *est defensio, tamen etiam accusatio probata persæpe est. Dixi paulo ante de Crasso. Idem fecit adolescens M. Antonius. Etiam P. Sulpitii eloquentiam accusatio illustravit, cum seditiosum & inutilem civem C. Norbanum in judicium vocavit. Sed hoc idem non est sæpe faciendum, nec unquam nisi reipublicæ causa. Semel igitur, aut non sæpe certe. Sin erit, cui faicendum sit sæpius, reipublicæ tribuat hoc muneris, cujus inimicos ulcisci sæpius, non est reprehendendum. Modus tamen adsit. Duri enim hominis, vel etiam vix homi-*

nis videtur, periculum capitis inferre multis. Id enim cum periculosum ipsi est, tum etiam sordidum ad famam committere, ut accusator nominetur, quod contigit M. Bruto, summo genere nato, illius filio, qui juris civilis imprimis peritus fuit. De eodem Bruto idem *Cicero de claris oratoribus n.* 130. *Iisdem*, ait, *temporibus M. Brutus, in quo magnum fuit, Brute, dedecus generi vestro, qui, cum tanto nomine esset, patremque optimum virum habuisset, & juris peritissimum, accusationem factitaverit, ut Athenis Lycurgus. Is magistratus non petivit, sed fuit accusator vehemens & molestus, ut facile cerneres naturale quoddam stirpis bonum degeneravisse vitio depravatæ voluntatis.* Inter fragmenta antiquorum Rhetorum extat locus ex Oratione Calvi contra Vatinium, odium illud totius populi Romani, in quo eum appellat *hominem nostræ civitatis audacissimum, factiosum, sordidum, accusatorem.*

VII.

Sub Cæsare & Augusto res in eodem statu mansit.

Venimus ad ætatem Imperatorum. Sub Cæsare quidem res omnes in pristino statu mansere. Nec sub Augusto multum immutatæ sunt, nisi quod sub indulgentissimo Principe carenter accusationes fierent, &, si forte instituerentur, absolutio sæpius, quam condemnatio sequeretur. *Tacitus*, aut si quis alius est *Dialogi de causis corruptæ eloquentiæ* auctor c. 38. *Divi*, ait, *Augusti temporibus longa temporum quies & continuum populi otium & assidua senatus tranquillitas, & maximi Principis disciplina ipsam quoque eloquentiam, sicut omnia alia, pacaverat.* Vixit sub illo quidem *Cassius Serverus* accusator, cui accusandi voluptatem *Quintilianus Instit. Orat. lib.* 11. *cap.* 1. adscribit, quippe secundum *Senecam præf. lib.* 3. *Controv.* etsi quotidie fere causas oraret, reum tamen nunquam, nisi se ipsum, defendit. Is autem parum

parum accuſando proficiebat, adeo, ut mirificum etiam infelicibus accuſationibus ſuis ab Auguſto jocum eliceret. Nam ut *Macrobius in Saturnalibus lib.* 2. *cap.* 4. narrat, *cum multi, Severo Caſſio accuſante, abſolverentur, & architectus fori Auguſti exſpectationem operis diu traheret, ita jocatus eſt: Vellem Caſſius & meum forum accuſet.*

IIX.

Sub Tiberio accuſatores primum evehi cœperunt.

At ſub Tiberio tandem liber accuſatoribus campus apertus eſt, adeo, ut præmiis quoque & honoribus invitarentur. *Tacitus Annali IV. cap* 30. *Actum,* inquit, *in ſenatu de præmiis accuſatorum abolendis, ibaturque in eam ſententiam, ni durius contraque morem ſuum palam pro accuſatoribus Cæſar, irritas leges, rempublicam in præcipiti, conqueſtus eſſet; ſubverterent potius jura, quam cuſtodes eorum amoverent. Sic delatores, genus hominum publico exitio repertum, & pœnis quidem numquam ſatis coercitum, per præmia eliciebantur.* Idem *Tacitus Annali I. cap.* 74. de Romano Hiſpone: *Is,* ait, *formam vitæ iniit, quam poſtea celebrem miſeriæ temporum, & audaciæ hominum fecerunt. Nam egens, ignotus, inquies, dum occultis libellis ſævitiæ Principis adrepit, mox clariſſimo cuique periculum faceſſit, potentiam apud unum, odium apud omnes adeptus, dedit exemplum, quod ſecuti ex pauperibus divites, ex contemtis metuendi perniciem aliis, ac poſtremum ſibi invenere.* Calumniatorum pœna rariſſime, numquam vero iis, qui frequentibus accuſationibus gratiam Principis meruerant, infligebatur. *Nam,* ut ſæpe memoratus *Tacitus Annali IV. Cap.* 36. inquit, *ut quis diſtrictior accuſator, velut ſacroſanctus erat: leves, ignobiles pœnis afficiebantur.* Tunc itaque nemo ab altero tutus. Anxia & pavens civitas, ut *Taciti in Annali IV. cap.* 69. verbis utamur; *congreſſus, colloquia, notæ ignotæque*

tæque aures vitari, etiam muta atque inanima, tectum & parietes circumspectabantur. Non ſenes, non feminæ ab accuſatoribus liberæ. Coniuges a coniugibus, amici ab amicis, conſanguinei a neceſſariis, denique parentes a liberis accuſabantur, cuius rei fœdiſſimum exemplum apud *Tacitum*, locupletiſſimum iſtius calamitatis teſtem, *Annali IV. Cap.* 28. reperitur.

IX.

Fata accuſatorum ſub ſequentibus Imperatoribus.

Qui Tiberium ſecuti ſunt Cæſares, prout vel boni vel mali fuerunt, ſic quoque accuſatoribus indulſerunt. Sub Caligula, Claudio, Nerone multum potuerunt. Sub Fl. Veſpaſiano non exſtirpati omnino ſunt, ſed tamen aliquot eorum pœnas dederunt, ut *Tacitus Hiſtor. lib.* 4. *cap.* 40. 41. 42. 43. 44. memorat. At ſub Tito, optimo Principe, maximam perpeſſi ſunt calamitatem. Qua de re *Suetonius in Tito cap.* 8. *Inter adverſa*, inquit, *temporum & delatores mandatoresque*, qui ſcilicet illos ſubornabant, *erant ex licentia veteri. Hos aſſidue in foro flagellis ac fuſtibus cæſos, ac noviſſime traductos per amphitheatri arenam, partim ſubjici in ſervos, ac venire imperavit, partim in aſperrimas inſularum avehi.* Elegans de hoc Titi facto exſtat apud *Martialem in ſpectaculorum libro n.* 4. epigramma, ex quo ſimul, quantus fuerit iſtorum hominum numerus, appparet:

Turba gravis paci, placidæque inimica quieti,
Quæ ſemper miſeras ſollicitabat opes,
Traducta eſt titulis nec cepit arena nocentes,
Et delator habet, quod dabat exilium.
Exulat Auſonia profugus delator ab vrbe.
Impenſis vitam principis annumeres.

Idem Domitianus ſub initium principatus ſui fecit. Sic enim de eo *Suetonius in Domitiano cap.* 9. *Reos*, ait, *qui ante*

ante quinquennium proximum apud ærarium pependiſſent, universos diſcrimine liberavit: Nec repeti, niſi intra annum, eaque conditione permiſit, ut accuſatori, qui cauſam non teneret, exilium pœna eſſet. Fiſcales calumnias magna calumniantium pœna repreſſit, ferebaturque vox eius: Princeps, qui delatores non caſtigat, irritat. Sed non diu, ut *Suetonius* addit, in iſto clementiæ & abſtinentiæ tenore permanſit. Mox enim tantam ſævitiam exercuit, ut etiam, *Dione Nicæo* teſte, accuſatoribus præſens aſſiſteret, confingeretque & comminiſceretur omnia, quæ dici ab iis oporteret. Quare effecit, ut omnia accuſatorum & delatorum plena eſſent, atque adeo ſervi ſurdi, quod horum delationes a dominis non timerentur, maiore pretio venirent. Vide *Martialem Lib.* 11. *Epigr.* 39. Succeſſor eius, Nerva, ſi eidem *Dioni Nicæo* fidem habemus, multos quidem priſcorum delatorum morti adiudicavit, ſed, quod accuſationem eorum promiſcue indulgeret, maximas turbas excitavit. Traianus vero, qui ſecundum ſæpe memoratum *Dionem* nullam unquam calumniatoribus fidem adhibuit, exiguum quoque accuſatoribus locum reliquit.

X.

Hadrianus, princeps omnibus vitiis pollutus, advocatos fiſci primus inſtituit.

Venimus nunc ad Hadrianum, qui teſte *Ælio Spartiano in vita eius c.* 20. primus advocatos fiſci inſtituit, eorumque munus adeo neceſſarium fecit, ut fiſcum in cauſis, quæ non interveniente advocato hoc deciſæ eſſent, in integrum reſtitueret. *L.* 3. §. 9. *de jure fiſci.* Operæ pretium itaque eſſe videtur, ingenium eius & mores accuratius cognoſcere, ut luculentius appareat, qua mente munus iſtud antea incognitum introduxerit. Multi, qui de hoc

Imperatore ſcripſerunt, illum tanquam humaniſſimum & optimum depingunt, tantum ex nimia ſuſpicione eum ſubinde in crudelitatem prolapſum eſſe, fatentur. Plerique tamen, inter quos ipſe *Spartianus c.* 14. negant, quidquam certo de vitiis vel virtutibus eius ſtatui poſſe, adeo illum ſemper in omnibus varium & ſimulatorem fuiſſe, modo ſeverum, modo lætum; modo comem, modo gravem; modo laſcivum, modo cunctatorem; modo tenacem, modo liberalem; modo ſævum, modo clementem. At iſtud nobis judicium non ſatisfacit, cum neceſſe ſit, unumquemque vel vere virtutibus deditum, vel vitioſum eſſe, atque tantum virtutem ſimulare. Nam quod quis æque in utramque partem propendeat, veroſimile non eſt. Omnium ergo optime Marius Maximus apud *Spartianum c.*20. *Hadrianum*, ait, *natura crudelem fuiſſe, & idcirco multa pie feciſſe, quod timeret, ne ſibi idem, quod Domitiano accidit, eveniret.* Sed quod ille de crudelitate tantum dixit, de libidine quoque & avaritia eius verum eſt. Natura ſcilicet ſæviſſimus, intemperantiſſimus, & alieni appetentiſſimus fuit. Solo metu, ne eadem cum ceteris, qui ante eum regnavere, tyrannis mortem oppeteret, coactus fuit, ut aliqua interdum ederet virtutis ſimulacra. Veram ergo clementiam & liberalitatem prorſus ignoravit. Locupletiſſimam eius rei teſtem habemus Sabinam uxorem Hadriani, quæ apud *Aurelium Victorem in Epit. c.*14. dum prope ſervilibus iniuriis afficitur, ad mortem voluntariam compulſa eſt, atque palam jactavit, quam immane ingenium pertuliſſet, & ſe elaboraſſe, nec ex eo ad humani generis perniciem gravidaretur. Sed non opus eſt teſtimoniis, modo vitam eius inſpiciamus. Sævitia undique elucet. Statim, ut adeptus eſt principatum. *Dione Nicæo* teſte, potentiſſimos & præclariſſimos viros interfici curavit, &, cum vulgus murmurari intelligeret, negavit, interpoſito jureiurando, illos juſſu

jussu suo occisos fuisse; qua in re tamen fidem non invenit. Deinde in imperio secundum *Spartianum c.* 13. circumiens provincias, procuratores & præsides supplicio affecit, ita severe, ut accusatores per se crederetur immittere. De amicis, ut idem *Spartianus c.* 15. memorat, facile quidquid insusurrabatur, audivit, atque ideo prope cunctos vel amicissimos, vel eos, quos summis honoribus evexit, postea ut hostium loco habuit. Nec tamen ut eleganter *Spartianus cap.* 25. ait, vim crudelitatis ingenitæ, dum incolumis esset, manifeste prodidit, sed usque eo repressit, donec profluvio sanguinis pene ad exitum veniret, atque jam mortem amplius non metueret, sed ardentissime appeteret. Tunc innumeros vel palam, vel per insidias occidi curavit, quorum aliqui pietate Antonii successoris servati sunt. Tacemus cetera crudelitatis eius monumenta, propter quæ invisus omnibus secundum *Spartianum c.* 25. periit, parumque, ut *idem cap.* 27. dicit, abfuit, quin acta eius a senatu irrita declararentur. Tanta vero fuit hæc crudelitas, ut aliqui eam furori, quo sub finem vitæ laborare cœperit, adscribant. Vide *Lampridium in Vita Heliogab. c.* 7. Pergimus ad libidinem. Per hanc ad imperium pervenit. Plotina enim, Traiani uxor, si *Dioni Nicæo* credimus, amore eius & consuetudine irretita fraudibus suis illum ad hoc fastigium evexit. Antinoum puerum, ut ex *eodem Dione* discimus, turpissime amavit, ut & in honorem mortui urbem ædificaret, statuasque ei in omnem terrarum orbe collocaret. Aliorum quoque adolescentium amore & nuptarum adulteriis sic laboravit, ut & amicorum domos libidine sua contaminaret. *Spartianus c.* 11. Luxuriæ amorem, dum imperavit, studiosissime dissimulavit, donec secundum *Aurelium Victorem*, adoptato Lucio Ælio, & permissa ei urbe, in villam Tiburtinam secederet, omnibusque se voluptatibus ibi immergeret. Quod ad avaritiam Hadriani

 attinet,

attinet, eam diligentius, quam cetera vitia sua, tegere laboravit multosque liberalitatis actus exercuit, sic tamen, ut facile appareat, eos non ex vera animi magnitudine, sed ex metu profectos esse. Quod eo minus dubii habebit, si illa, quibus sordidissimam aviditatem suam prodidit, exempla consideremus. In milites, ut *Spartianus* ait, magnam pecuniæ vim profudit, Caligulæ, Neronis, Domitiani, ceterorumque monstrorum istorum exemplo, qui sciebant, tyrannos publico totius populi odio oneratos aliter, quam captata exercituum benevolentia, salvos esse non posse. Albanorum & Hiberorum reges, secundum eundem *Spartianum c.* 21. qui tamen ad ipsum venire contemserant, largitionibus prosecutus est, non per liberalitatem, sed inertissimum metum, quo etiam inductus tres nobiles provincias, ut *Augustinus de Civit. Dei L.* 4. *c.* 29. memorat, Armeniam, Mesopotamiam, Assyriam, Persarum imperio sponte concessit, quod, sicut *Spartianus* dicit, tenere se eas posse, desperaret, adeoque primus omnium Romani Imperii fines coarctavit. Cum itaque, populum intempestivis his profusionibus merito subirasci, animadverteret, hunc quoque donis mulcere necesse videbat. Quamobrem aurum coronarium, &, quæ fisco debebantur, remisit, sed, ut extortum invito beneficium intelligas, difficultates primum ærarii ambitiose ac diligenter exposuit, atque sic liberalitatem suam populo Romano quasi exprobravit. Vide *Spartianum cap.* 6. Frequenter usus est illa Titi Vespasiani voce, *se graviter ferre, si quem tristem videret*, cum tamen ipse, ut bene *Spartianus c.* 15. *&* 16. adiicit, auctor esset, ut multi ab eo tristes recederent, quia petentibus amicis nihil non negabat. Procuratoribus & præsidibus provinciarum sponte cum accusatores immisisse, jam supra diximus, ut scilicet bona illorum ærario vindicaret. Quem in finem & secreta amicissimorum suorum secundum *Spartianum c.* 11.

diligen-

diligenter rimabatur, & frumentarios ubique dispositos habebat, qui occulta omnia explorarent, & sibi renunciarent, eamque ob rem a *Tertulliano Apologet. c.* 5. curiositatum omnium explorator dicitur. Exstat quoque Hadriani edictum *in L.* 6. *de bonis damnatorum*, quo pannicularia, sive jus commentariensibus ministrisque judicii in vestes & spolia damnatorum competens, ad res viliores restringit, ea vero, quæ alicuius momenti videntur, a præsidibus ad utilitatem officii servari jubet, oblique laudatis his, qui eadem ad fiscum transmittant. Aliud avaritiæ eius exemplum *in L.* 16. §. 5. *de Publicanis* occurrit, ubi ignorantem quoque in pœnam non soluti vectigalis incidere constituit. Quod Divi fratres deinde in eadem *L.* 16. §. 10. temperarunt. Non dicam de cursu fiscali, quem secundum *Spartianum c.* 7. instituit, quo scilicet onus provincialibus imposuit, bona ad fiscum pertinentia ministrosque eius suis sumtibus vehendi, equosque & vereda ad hunc usum in statione habendi. Quantopere adulationes & honores immodicos amarit, ex plurimis, quæ sibi ipsi secundum *Spartianum c.* 13. consecravit, templis & aris, nec non ex numis, qui adhuc cum invidiosissima inscriptione RESTITVTORI GALLIÆ, HISPANIÆ, AFRICÆ, MACEDONIÆ, &c. item RESTITVTORI GENERIS HVMANI & RESTITVTORI ORBIS TERRARVM exstant, apparet. Hic est ergo ille Hadrianus, qui advocatos fisci, quorum munus huc usque accusatores & delatores expleverant, primus introduxit, laudabili cæteroquin instituto, nisi quod ex reliqua eius vita apparet, ipsum non tam utilitatem publicam, quam avaritiam suam ob oculos habuisse, voluisseque alia via per istos advocatos, quidquid populo ante remiserat, recuperare.

XI.

Post Hadrianum perpetuum mansit advocatorum fisci officium, & sublatæ sunt delationes.

Mortuo Hadriano, perpetuum mansit advocatorum fisci officium, variisque illi a sequentibus Imperatoribus privilegiis ornati sunt. Quapropter etiam hoc munus summi viri obierunt. Nam & Septimium Severum Imperatorem & Papinianum advocatos fisci fuisse, *Ælius Spartianus in Vita Antonii Caracalli c.* 8. auctor est, & Opilium Macrinum ex officio advocati fisci ad amplissima quæque pervenisse, *Julius Capitolinus in vita Macrini c.* 4. memorat. Constitutis autem semel fisci advocatis, deferendi potestas, quæ olim unicuique competierat, sublata prorsus est, statutæque etiam pœnæ in eos, qui sine advocato fisci crimen aliquod denunciarent. *L.* 5. *C. de Delatoribus.* Quo ipso tamen accusationes in usu esse non desierunt. Delator enim ab accusatore in eo differebat, quod hic, servato juris ordine, ille autem clam crimen ad judicem deferret, neque probationem subiret. Hodie tamen, ut cuique notum est, delationes & denunciationes in usum reductæ sunt, nullamque adeo *titulus C. de Delatoribus* amplius habet utilitatem.

XII.

Delationes tamen sub Imperatoribus non penitus cessarunt.

Attamen præter fisci advocatos Cæsares aliorum quoque hominum ministerio utebantur, qui salaria accipiebant, delicta secretiora investigarent, denunciarentque, atque sic patronis fisci occasionem, bona delinquentium invadendi, suppeditarent. De Hadriano supra ex *Spartiano c.* 11. retulimus, illum per frumentarios in domibus alienis dispersos secreta amicorum explorasse. Gallus Cæsar apud *Ammia-*

Ammianum Marcellinum L. 14. *c.* 1. excogitavit, ut homines quidam ignoti, vilitate ipſa parum cavendi, ad colligendos rumores ubique collocarentur, relaturi, quæ audirent. Hi clandeſtini verſutique rumigeruli peragranter & diſſimulanter honoratorum circulis aſſiſtendo pervadendoque divites domos, egentium habitu, quidquid noſcere poterant vel audire, latenter intromiſſi per poſticas in regiam nunciabant. Mentio quoque fit in jure noſtro curioſorum & ſtationariorum. Vide *tit. C. de Curioſis & Stationariis.* Hi videlicet homines erant, in locis, per quæ curſus publicus dirigebatur, diſpoſiti, atque ad id inprimis deſtinati, ut crimina, ſi quæ committerentur, explorarent, judicibusque nunciarent. *L.* 1. *C. eodem.* Sed & in urbe huiusmodi ſtationarii reperiebantur. Sic præfectus urbi *in L.* 1. §. 12. *de Officio præfecti urbi* jubetur diſpoſitos milites ſtationarios habere ad tuendam popularium quietem, & ad referendum ſibi, quid in urbe agatur. Promiſcua tamen deferendi & denunciandi facultas per ea, quæ ſupra ex *tit. C. de Delatoribus* diximus, ceſſavit, atque hodie demum in fora reducta eſt.

XIII.

Advocatorum fiſci privilegia.

Varia autem fuerunt, quæ advocatis fiſci tributa ſunt, privilegia. Neque dubitamus, quin eadem adhuc poſſint ad illos, qui hodie officium iſtud ſuſtinent, accommodari, niſi eiusmodi ſit, quod conditioni noſtrorum temporum non conveniat. Sed recenſebimus potiſſima. Primum omnibus, quæ ceteris advocatis data erant, privilegiis atque immunitatibus ſine dubio & ipſi gaudebant, cum ex corpore advocatorum optimi ad hanc dignitatem eveherentur. *l.* 10. *de advocatis div. judiciorum.* Ex qua *eadem L.* advocatos fiſci ceteros cauſarum patronos non gradu ſolum & hono-

honore anteceſſiſſe, ſed & veſtitu honoratiore ab illis diſtinctos fuiſſe, *Panzirollus de claris legum interpretibus L.* 1. *c.* 4. colligit. Quod & exinde apparet, quia advocati fiſci clariſſimis annumerantur, *L.* 4. §. 1. & *L.* 6. *pr. C. de advocat. div. judicum.* Clariſſimi vero dignitas quanta ſit, *Gutherius de officiis domus Auguſtæ L.* 1. *c.* 4. oſtendit. Deinde advocati fiſci *in L.* 8. *C. de Advoc. div. judiciorum* & *L.* 2. *C. de Advoc. div. judicum* a vilioribus muneribus etiam cum liberis quandocunque genitis eximuntur. Tum ædiculæ, quas inhabitant, metatorum onere moleſtari prohibentur, *L.* 3. §. 2. *C. eodem.* Porro ſub anni initium defuncti univerſa tamen totius anni ſolatia ad heredes ſuos, ſive liberi, ſive extranei, ſive ab inteſtato, ſive teſtamentarii ſint, transmittunt. *L.* 15. §. 1. *C. de Advoc. div. judiciorum.* Filii quoque eorum, ſi quidem paternum officium adſpirent, extraneis omnibus anteponuntur, atque gratis & ſine ſumtibus in collegia recipiuntur, *L.* 3. §. 5. *C. de Advocat. div. judicum*, cum alii omnes, ad collegium, curiam, aut corpus aliquod admiſſi, ſociis quid largiri debeant, quæ pecuniæ ſportulæ appellantur. *L.* 5. §. 17. *de Donat. int. vir. & uxor. L.* 102. §. 2. *de Leg.* 3. *L.* 6. §. 1. *de Decurionibus.* Denique, depoſito officio, advocati fiſci priſtina tamen privilegia ſua retinent. *L.* 3. §. 6. *de Advoc. div. judicum.*

XIV.

Advocati fiſci officium apud Gothos.

Sed & apud alias gentes non ignotum fuit advocati fiſci officium. Theodoricus Gothorum rex apud *Caſſiodorum lib.* 1. *cap.* 22. Marcello cuidam munus iſtud committit, & diligenter præcipit, ut æquitatem & moderationem obſervet. Digna ſunt verba, ut excerpta a nobis hic apponantur. *Sume*, inquit, *fiſci noſtri tuenda negotia, in utendis officii tui privilegiis deceſſorum exempla ſecuturus. Ita*

Ita ergo per medium justitiæ tramitem moderatus incede, ut nec calumnia innocentes graves, nec justis petitionibus retentatores exoneres. Illa enim vera lucra judicamus, quæ integritate suffragante percipimus. Non ergo quoties superes, sed quemadmodum vincas, inquiramus. Æquitatem nobis placiturus intende. Non quæras de potestate nostra, sed potius de jure, victorias; quando laudabilius a parte fisci perditur, cum justitia non habetur. Nam, si dominus vincat, oppressionis invidia est; æquitas vero creditur, si supplicem superare contingat. Non ergo parvo periculo causas dicimus, quando tunc fama nostra proficit, cum se commoditas injusta subducit. Quapropter fit interdum causa mala fisci, ut bonus princeps esse videatur. Majori quippe compendio perdimus, quam si nobis indebite victoria suffragetur. Exscripsimus hæc, quod non facile simile exemplum occurrat huiusmodi litterarum, quibus princeps munus advocati vel consiliarii fisci alicui committat, idque tam arctis limitibus circumscribat.

XV.

Advocati fisci officium apud Germanos veteres.

Prisci Germani, cum sub Carolingis, &, qui eos secuti sunt, Cæsaribus essent, suos etiam fisci advocatos habuerunt, qui actores fisci vel dominici appellati sunt. Nomen enim fiscalium & fiscalinorum, quamvis etiam illo tempore cognitum esset, in alia tamen longe significatione, quam in qua hodie sumitur, accipiebatur. Erant scilicet fiscales, vel fiscalini, vel etiam fisgilini (quæ tres voces promiscue adhibentur) homines fisco regio, seu prædiis principis addicti, illique deservientes, quemadmodum *du Fresne in Glossario ad scriptores mediæ & infimæ latinitatis verbo Fiscalini & Fiscales* plurimis exemplis ostendit. Fiscani vero nomen præfectis fisco regio tribuebatur. A quibus diversi erant advocati seu actores fisci vel dominici, quorum officium

in eo consistebat, ut causas ad fiscum & regem pertinentes in judicio prosequerentur, homines fisco addictos seu fiscalinos, adversus iniurias aliorum tuerentur, pœnasque fisco debitas exigerent. Memorabilis imprimis locus est, qui in *Capitular. Caroli M. lib.* 4. *cap.* 3. occurrit: *Si servi vel Ecclesiastici, vel quorumlibet liberorum hominum in fiscum nostrum*, prædium scilicet regium vel dominale, quemadmodum hodie loqui consuevimus, *confugerint in loca fiscalina, id est, civitates aut villas regias, & a dominis vel advocatis eorum repetiti fuerint, si actor fisci nostri intellexerit, quod eos juste non possit tenere ad nostrum dominium, ejiciat illos de eodem fisco, & recipiant illos domini eorum. Et, si eidem actori visum fuerit, quæ ad nostrum pertinere debeant dominium, expellat eos de eodem fisco, &, postquam ab iisdem repetitoribus fuerint recepti, habeat cum eis legitimam actionem, & sic eos, si poterit, ad nostram evindicet possessionem.* Adde quoque ex iisdem *capit. lib.* 3. *cap.* 30. & *lib.* 4. *c.* 22. nec non *Greg. Tur. de Mirac. S. Martini lib.* 4. *cap.* 26.

XVI.

Advocati fisci officium in Camera Imperii.

Recentiores Imperatores in summis Imperii tribunalibus suos semper advocatos habuerunt, qui, quod pro fisco Cæsareo laborarent, fiscales appellati sunt. De officio, jureiurando, pœnis & stipendio eius, qui in Camera Imperii causas fisci agit, vide *Constitutionem judicii Cameralis P.* 1. *tit.* 15. 16. 17. 45. 60. 61. Ex quibus ea, quæ maxime memorabilia videntur, excerpemus. Duæ videlicet personæ isto munere funguntur. Altera fiscalis generalis, altera advocatus eius appellatur. Illius officium in eo potissimum consistit, ut accusationes adversus eos, qui delinquunt, & in pœnas publicis legibus constitutas incidunt, instituat, bonaque commissa & fisco debita persequatur, huius

jus vero, ut fiscali, siquidem ille multitudine negotiorum obrutus omnia expedire nequeat, assistat, causasque sibi ab eo commissas suscipiat, in judicio proponat, & ad finem perducat. Sed præter advocatum fiscali quoque duo ex ipsis assessoribus adiunguntur, sine quorum consilio & consensu is causam nullam suscipere, nec pœnam exigere potest, si solas fractæ pacis publicæ causas excipias, quas tanquam manifestas ille ex propria auctoritate in judicium recte deducit. Quodsi in aliis idem faciat & succumbat, in expensas litis condemnatur, easque ex suis bonis exsolvit. Quin imo in iis negotiis & litibus, quæ super provinciis, terris, urbibus arcibusque vertuntur, ipsum Imperatorem consulere, & jussum eius exspectare debet. Neque transigere aut pacisci cum accusatis potest, nisi adhibito prius duorum, quos supra diximus, Assessorum consilio & consensu. Stipendium, quo fruitur, exæquandum est cum illo, quod Assessoribus constitutum est. In jureiurando, quod initio suscepti muneris præstat, nihil singulare occurrit. Id tamen paulo durius esse videtur, quod exceptiones, Behelf, si quas forte reo adversus actionem a se institutam competere animadvertat, quæ ab hoc ignorentur, reticere illas necessum habeat. Hoc inquam paulo durius est accusationem contra illum peragere, quem legitimas excusationes habere quidem, sed ob ignorantiam proponere non posse, scias.

XVII.

Advocatorum fisci opera utilissima est reipublicæ.

Hi igitur advocati fisci egregiam & utilem reipublicæ operam præstant, si quidem officio suo recte fungantur. Pessime itaque faciunt, qui odio illos premunt, & tanquam pestem generis humani adversantur. Nihil profecto illo odio potest esse iniquius. Necessitatem vero & utilitatem advocatorum fisci melius demonstrare non possumus, quam *Quintiliani* verbis, quibus usum accusatorum in republica

 osten-

oſtendit. Ita enim ille in *Inſtitutionibus oratoriis lib.* 12. *c.* 7. *Defendere quidem*, inquit, *reos profecto, quam facere vir bonus mallet, non tamen ita nomen ipſum accuſatoris horrebit, ut nullo neque publico, neque privato duci poſſit officio, ut aliquem ad reddendam rationem vitæ vocet. Nam & leges ipſæ nihil valent, niſi actoris idonea voce munitæ: &, ſi pœnas ſcelerum expetere fas non eſt, prope eſt, ut ſcelera ipſa permiſſa ſint: & licentiam malis dari, certe contra bonos eſt. Quare neque ſociorum querelas, nec amici vel propinqui necem, nec erupturas in rempublicam conſpirationes inultas patietur Orator, non pœnæ nocentium cupidus, ſed emendandi vitia corrigendique mores. Nam, qui ratione traduci ad meliora non poſſunt, ſolo metu continentur. Itaque, ut accuſatoriam vitam vivere & ad defendendos reos præmio duci, Proximum latrocinio eſt; ita, peſtem inteſtinam propulſare, cum propugnatoribus patriæ comparandum. Ideoque principes in republica viri non detrectaverunt hanc officii partem: creditique ſunt etiam clari juvenes obſidem reipublicæ dare malorum civium accuſationem, quia nec odiſſe improbos, nec ſimultates provocare, niſi ex fiducia bonæ mentis videbantur. Idque cum Hortenſio, Lucullis, Sulpitio, Cicerone, Cæſare, plurimis aliis, tum ab utroque Catone factum eſt, quorum alter appellatus eſt ſapiens, alter niſi creditur fuiſſe, vix ſcio cui reliquerit hujus nominis locum.*

XIIX.

Non imputandum eſt advocatis fiſci, quod aliquando innocentes accuſent, dummodo innocentiam rerum ignorent.

Equidem non inficiamur, accidere ſubinde, ut advocati fiſci, hi etiam, quibus æquitatem & juſtitiam ſervare animus eſt, immeritos accuſent, & innocentibus periculum faciant. Sæpe falſo at conſtante de crimine quodam commiſſo rumore ad hoc inducuntur, ſæpe juſſibus principum & magiſtratuum ad id compelluntur, quod deinde demum peracta accuſa-

accuſatione & reo abſoluto comperiunt iniuſtum fuiſſe. Quin imo exempla vidimus ubi innocentes huiusmodi accuſationibus vexati & condemnati pœnas ſuſtinuerunt, quas non meruiſſe illos poſtea apparuit. Sed hæc omnia, etſi vera eſſe ſciamus, nos non commovent ut illa vulgi odia, quibus advocatos fiſci premunt, juſta exiſtimemus, aut eliminandos illos e republica bene conſtituta credamus. Non peccant enim contra juſtitiæ regulas, dum ignari innocentes accuſant. Recte juſtitia apud Ulpianum in *l.* 10. *pr. de juſtitia & jure* definitur *conſtans & perpetua voluntas jus ſuum cuique tribuendi*, non tribuens, quemadmodum Græci Auctores, qui ἀπονέμουσα verterunt, & cum illis olim *Menagius* exiſtimavere, qui ultimus tamen ſententiam *in Amœnitatibus Juris civilis cap.* 4. mutavit. Poterit itaque vir juſtus eſſe, qui animum modo ſuum cuique tribuendi conſervat, tametſi actu non ſemper tribuat, cum, quo minus hoc fiat, humani ſæpe intellectus imbecillitas obſtet. Vidimus profecto judices juſtiſſimos, qui ſecundum acta & probata nocentes abſolverunt, & immeritos pœnis ſubiecerunt. Narravit mihi Præſes meus ex ſententia Collegii cuiusdam Juridici, cui ipſi aſſedit, hominem aliquem, qui furti inſimulatus multisque indiciis oneratus illud ex torturæ metu confeſſus erat, fuſtigatum & exilio mulctatum fuiſſe, cuius innocentia deinde manifeſtiſſimis argumentis comprobata eſt. Nihil tamen hæc ſententia juſtitiæ Collegii iſtius detraxit, neque laudem, quam immortalem illud per univerſam Germaniam conſecutum eſt, imminuit. Quodſi ergo magiſtratibus & integris Ordinibus JCtorum hanc veniam damus, iniqui profecto erimus, ſi advocatis fiſci, qui etiam homines ſunt, eandem abnuamus. Accuſent illi licet aliquando innocentem, dummodo legitimis indiciis inducti hoc faciant, dummodo non calumnientur, ferendi ſunt. Reipublicæ ſalus, ne delicta im-

punita maneant, exposcit. Eadem igitur excusabit, quod aliquando, sed rarius tamen innocentibus periculum fiat. Mirifice prorsus *Cicero in Orat. pro Sext. Rosc. Amerino: Accusatores*, inquit, *multos esse in civitate, utile est, ut metu contineatur audacia. Verum tamen hoc ita est utile, ut ne plane illudamur ab accusatoribus. Innocens est quispiam. Verum tamen, quanquam abest a culpa, suspicione tamen non caret. Tametsi miserum est, tamen ei, qui hunc accuset, possim aliquo modo ignoscere. Cum enim aliquid habeat, quod possit criminose ac suspiciose dicere, aperte ludificari & calumniari sciens non videatur. Quare facile omnes patimur, esse quam plurimos accusatores, quod innocens, si accusatus sit, absolvi potest; nocens, nisi accusatus fuerit, condemnari non potest. Utilius est autem, absolvi innocentem, quam nocentem causam non dicere. Anseribus cibaria publice locantur, & canes aluntur in Capitolio, ut significent, si fures venerint. At fures internoscere non possunt. Significant tamen, si qui noctu in Capitolium venerint; & quia id est suspiciosum, tametsi bestiæ sunt, tamen in eam partem potius peccant, quæ est cautior. Quodsi luce quoque canes latrent, cum Deos salutatum aliqui venerint, opinor, iis crura suffringantur, quod acres sint etiam tum, cum suspicio nulla sit. Simillima est accusatorum ratio. Alii vestrum anseres sunt, qui tantummodo clamant, nocere non possunt, alii canes, qui & latrare & mordere possunt. Cibaria vobis præberi videmus. Vos autem maxime debetis in eos impetum facere, qui merentur. Hoc populo gratissimum est. Deinde si voletis, etiam tum, cum verosimile erit, aliquem commisisse, in suspicione latratote. Id quoque concedi potest. Sin autem sic agetis, ut arguatis, aliquem patrem occidisse, neque dicere possitis, aut quare, aut quomodo, ac tantummodo sine suspicione latrabitis, crura quidem vobis nemo suffringet: Sed si ego hos bene novi, literam illam, K.* intelligit, quæ eorum, qui per calumniam innocentem accusaverant, fronti inurebatur, *cui vos usque eo inimici estis, ut etiam eas omnes oderitis ita vehementer ad caput affigent, ut postea neminem alium, nisi fortunas vestras, accusare possitis.*

SPECI-

SPECIMEN L.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. III. TIT. I.

DE

CAVSIS ODII

ERGA

ADVOCATOS FISCI

EORVMQVE FLAGITIIS.

ELABORATVM ET PVBLICE DEFENSVM.

A

FRIDERICO WILHELMO LEYSERO,

HANNOVERANO.

D. XXII. NOVEMBR. ANNI CIↃ IↃ CCXIII.

I.

Cauſæ inveſtigantur, quæ advocatos ſiſci ad improbitatem impellunt.

uod advocatos ſiſci communiter odio haberi videmus, hoc non ipſi muneri, quod profecto ſanctum & ſalutare eſt, adſcribi debet; ſed impietati paucorum quorundam, qui poteſtate ſibi conceſſa ad perniciem civium abutuntur. Variæ admodum cauſæ ſunt, quæ illos, ut hoc faciant, inducunt. Ipſi interdum imperantes, dum nimium ſiſco ſuo ſtudent, efficiunt, ut homines, qui omnem viam illis placendi quærunt, hanc quoque occaſionem in amicitiam eorum ſeſe inſinuandi arripiant. Jam eo tempore, quo officium hoc certæ perſonæ commiſſum nondum erat, extitere plurimi, qui ſævitiis

vitiis principum, ut cum *Tacito Annali I. cap.* 74. loquamur, palam & occulte adreperent, sive, ut *Plinii* verbis ex *Panegyrico cap.* 41. utamur nunquam principibus defuerunt, qui fronte gravi & tristi supercilio utilitatibus fisci contumaciter adessent. Quid ergo tunc non fiat, ubi certæ etiam personæ deliguntur, quæ tanquam patroni commoda fisci tueantur. Hi certe, si avarum & suorum magis, quam publicorum commodorum, studiosum Principem nanciscantur, nihil eorum omittent, quibus fiscum eius locupletare & gratiam sibi apud illum acquirere poterunt. Sed & sub bono justoque principe sæpe causæ non desunt, quæ advocatos fisci ad male & iniuste agendum impellant. Quærenda scilicet & conservanda est amicitia Purpuratorum, qui interdum Principi suo dissimiles malitiis fisco utilibus delectantur. Paranda laus viri solertis & vigilantis. Deinde si hæc omnia removeas, privatum ipsorum commodum cum fisci commodis coniunctum, dum ipsis pars quædam mulctarum, vel bonorum, quæ fiscus delinquentibus eripit, tribuitur, fortissimus stimulus est. Nullæ potuerunt excogitari illecebræ, quibus advocati fisci magis ad investigandos accusandosque reos invitarentur, quam ista spes potiundi parte bonorum, quibus miseri exuuntur. Hæc ars profecto callidissimo consilio inventa videtur, ut homines, qui certo ante stipendio conducti mitius agebant, non præmio solum sed necessitate etiam compellerentur ad reos insectandos, dum ex horum condemnatione vitæ subsidia & insigne patrimonii augmentum consequuntur. Hæc illos spes excitat plerumque, ut bonis malisque artibus viam sibi ad divitias parent, atque innocentes sæpe fictis criminibus opprimant.

II.

Ipsi interdum Principes, dum nimia fisco privilegia tribunt, advocatis odium commune conciliant.

Excu-

Excutiamus vero potiſſimas illas fraudes, quibus aliquot ex fiſci advocati utuntur, & quibus odia hominum in ſe provocant. Ad quas tamen antequam accedamus, neceſſe eſt, ut cauſam aliquam odii iſtius, quæ apud ipſos legumlatores reſidet, aperiamus. Illi enim ſæpenumero nimia & duriora, quam par eſt, fiſco ſuo privilegia tribuunt, advocatosque, ut illa exerceant & exequantur, compellunt. Nolumus ex recentiore hiſtoria exempla huiusmodi legum duriorum in fiſci utilitatem ſtatutarum expromere, ne audaciores nonnullis videamur. Juſtinianum tantum miniſtrumque eius Tribonianum in medium producemus, quos *Procopius in Anecdotis* tanquam lucri appetentiores non prorſus iniuſte deſcribit. Nam ut de aliis avaritiæ eorum argumentis ſileamus, immenſa iſta, quibus fiſcum exornarunt, privilegia illam ſatis abunde oſtendunt. Scimus equidem, laudari vulgo moderationem Juſtiniani, quod in *l.* 10. *de Jure fiſci* Modeſtini ſententiam retulit, in dubiis quæſtionibus contra fiſcum reſpondendum eſſe, exiſtimantis. At dum leges ab aliis Imperatoribus latas, quibus fiſci jura reſtringuntur, & inprimis iſtam Conſtantini in *L.* 2. *Th. de advocato fiſci*, qua potiorem apud ſe privatorum cauſam, quam fiſci tutelam profitetur, a Juſtiniano omiſſas cogitamus, dum cetera jura, in quibus longiſſime ab iſta regula receſſit, perpendimus, adducimur, ut credamus, iſtud Modeſtini dictum imprudenti Triboniano obrepſiſſe.

III.

Immodica fiſci privilegia ex jure Romano recenſentur.

Sed videamus aliqua ex enormibus privilegiis, quæ fiſco in jure Juſtinianeo tribuuntur. Impia eſt diſpoſitio *l.* 1. *C. de conditis in publicis horreis*, qua frumenta in publicis horreis condita, & vetuſtate ita corrupta, ut erogari ſine que-

rela non possint, novo frumento misceri jubentur, *cujus adjectione corruptio velata damnum fisco non faciat.* Quam legem nisi in Pandectis Florentinis etiam contineri sciremus, a veteratore quodam & dardanario suppositam existimaremus. Deinde res vitiosas a fisco sine metu ædilitii edicti vendi posse, ex L. 1. §. 3. *de Ædilit. edict.* notum est. Nec æqua admodum est constitutio Justiniani in L. 3. C. *de Quadriennii præscriptione*, qua privilegium fisco a Zenone tributum amplificat atque omnes alienationes de aula procedentes sic confirmat, ut veros rerum alienatarum dominos dominio suo statim intervertat, illosque ad pretium earum a fisco inani plerumque quippe contra potentiorem, actione petendum compellat, sed & hoc agendi jus lapsu quadriennii exstinguat. Huc porro pertinet, quod, qui a fisco rem emit, pretium cum ea pecunia, quæ ipsi a fisco debetur, compensare nequeat *l. 7. C. de compensationibus*, quod instrumenta, quibus rei innocentes contra calumniosas fisci actiones defendi poterant, ne a tertio quidem possidente edi & suppeditari possint *l. 45. §. 5. & 6. de jure fisci*, quod res contra fiscum judicatæ intra triennium retractari queant *l. un. C. de sent. advers. fiscum latis*, quod fiscus rem cum privato communem, hoc invito & ignorante, totam vendere queat. *l. 2. C. de comm. rer. alien.* Nihil dicemus de jure prælationis & aliis huius generis privilegiis, quæ *Peregrinus* ceterique, qui de jure fisci scripserunt, longa serie exponunt.

IV.

Peccant advocati fisci, qui temere crimen perduellionis & læsæ majestatis intentant.

Sed missis legumlatoribus, veniamus ad ipsa advocatorum fisci facta, quæ iniustitiæ accusari possunt. Primum inter illa est, quod facillime crimina perduellionis & læsæ maie-

maiestatis confingant, saltem, ut ad confiscationem bonorum agere queant. Non opus est, ut antiqua illa tempora evolvamus, quibus, ut *Taciti Annali III. cap.* 38. ait, maiestatis crimen omnium accusationum complementum erat. Sed nemo tamen sine horrore leget, maiestatis reos fuisse, qui carmina Imperatoris aspernatus esset, aut tantum negligentius audiisset, *Philostratus lib. 4. de vita Apolonii cap.* 13. qui servum suum verberasset, cum is drachmam principis imagine signatam teneret, *Idem lib. 1. cap. 2.* qui principis imaginem in sua domo non haberet, *Julius Capitolinus in M. Antonio Philosopho cap.* 18. qui statuæ Principis caput demsisset, ut aliud imponeret, qui circa Principis simulacrum servum cecidisset, vestimenta mutasset, qui numo vel annulo effigiem impressam latrinæ aut lupanari intulisset, qui dictum illum factumque Principis existimatione aliqua læsisset, qui honores eodem die decerni sibi passus esset, quo decreti & Principi olim erant, *Suetonius in Tiberio cap.* 58. qui matellam contigisset prius, quam annulum, qui expressam Principis imaginem præ se ferebat, digito detraxisset, *Seneca lib. 3. de benefic. cap.* 26. qui urinam eo loco fecisset, in quo statuæ & imagines Principum erant, qui coronas imaginibus Principis detraxissent, ut alias ponerent, *Aelius Spartianus in Antonino Caracalla cap.* 5. qui ante statuam Principis exuisset, *Xiphilinus in Domitiano*, qui effigiem Principis promiscuum ad usum argenti vertisset, *Tacitus Annali IV. cap.* 70. qui inter cultores Principis, qui per omnes domos in modum collegiorum habebantur, hominem viliorem adscivisset, qui venditis hortis, statuam Principis simul mancipasset, qui nomen Principis periurio violasset, *Tacitus Annali I. c.* 73. qui statuam altius quam Cæsarum sitam haberet, *Idem cap.* 74.

V.

Accusationes læsæ majestatis adhuc hodie ex levibus causis frequentantur.

Etsi vero nostrorum temporum modestia istiusmodi crudelitates exerceri non patiatur, attamen non desunt advocati fisci, qui crimina vel plane nulla vel leviora ad læsam majestatem trahere, & bona talium reorum, tanquam fisco commissa petere non erubescunt. Exstat apud *Huberum in Prælectionibus ad Pandectas lib.* 48. *tit.* 4. exemplum, quo maiestatis læsæ accusati fuerunt cives, qui de prava civitatis suæ administratione apud Generales fœderatarum Belgii provinciarum Ordines conquesti erant. Sed recte adjicit Huberus, huiusmodi querelas & flagitationes civium, ut respublica imposterum, reformatis malis gubernatorum moribus, melius administretur, non solum ad crimen læsæ malestatis non pertinere, sed etiam jus civium esse. Qui res in magna Britannia sub Carolo I. gestas legent, innumeras perduellionis species, quæ in intestino isto tumultu ab utraque parte excogitatæ fuerunt, mirabuntur. Quodsi enim quis regias partes secutus easdem consilio, auxilio vel pecunia juvisset, Regem ipsum, ministros vel copias eius in arcem vel civitatem recepisset, aut saltem jussibus Senatus regni, quem Parlamentum vocant, in re aliqua non obtemperasset, confestim perduellis declarabatur. Quin imo Rex ipse huius delicti propter ea, quæ contra Senatum fecerat, insimulabatur. At e contra regiis partibus addicti non moderatius cum adversariis agebant, sed perduellionis crimen in eosdem pari liberalitate retorquebant. Ut adeo nemo fere istis temporibus in Britannia viveret, quem alterutra pars non semel aut bis perduellem fecisset.

VI. *Ver-*

VI.

Verba contumeliosa in principem ad crimen perduellionis non pertinent.

In Germania nostra quantamcunque curam legum tam publicarum, quam privatarum conditores in circumscribendis criminis læsæ maiestatis cancellis adhibuerint, efficere tamen non potuerunt, ut non advocati fisci jura invita sæpe ad periculum vitæ bonisque civium faciendum trahant. Rem unico exemplo declarabimus. Crimen perduellionis & læsæ maiestatis olim quoque ab iis, qui verba contumeliosa in Principem evomuissent, commissum fuisse, non solum ex *Julii Pauli Recept. Sent. lib. 5. tit.* 29. sed etiam clarius ex *Suetonio in Tiberio cap.* 58. *&* *in Nerone cap.* 32. *Tacito Annali I. cap.* 72. *Dione lib.* 57. apparet. At sequentes Imperatores rigorem istum temperarunt, & verba quidem seditiosa aut turbulenta duriore, non tamen capitali pœna coercuerunt, L. 28. §. 3. *de pœnis* meras autem contumelias generoso animo contemserunt. Exstat de iis L. *un.* C. *Si quis Imperatori maledixerit*, in qua Cæsares maledictores & obtrectatores huiusmodi pœnæ subiugari a judicibus inferioribus aut durum aliquid vel asperum sustinere vetant, sed integris omnibus hæc ad suam scientiam referre jubent, ut ipsi ex personis hominum dicta pensare, & utrum prætermitti an exquiri debeant, censere possint. *Quoniam*, inquiunt, *si ex levitate processerit, contemnendum est, si ex insania, miseratione dignissimum, si ab injuria, remittendum.* Nihilominus tamen, ut mihi Præses experientia edoctus retulit, advocati fisci plerumque, cum tale quid protervius dictum ad notitiam eorum pervenit, perduellionis aut læsæ maiestatis accusationem intentant; & judices inferiores, ut de illis cognoscant, & peracta inquisitione sententiam definitivam a Collegio JCtorum requirant, perpellunt. At

JCti quotiescunque huiusmodi acta ad ipsos mittuntur, secundum *L. istam* pronunciare solent, rem ad Principem referri oportere. Quodsi vero Princeps ipse crimen huiusmodi vindicandum putet, &, ut sententia a Collegio feratur, urgeat, tum, siquidem dictum seditiosum non sit, pœnam quidem aliquam, sed mitiorem, quam quæ perduellibus & maiestatem lædentibus infligitur, imponunt. Sic JCti Vitembergenses mense Maio an. cIↄ Iↄ ccIx. Principi de pœna reo, qui mandata eius stolida appellarat, infligenda ipsos consulenti responderunt: Daferne M.S. derer vol. Actorum 2. fol. 2. befindlichen Worte geständig sey, oder sonst zur Nothdurfft überführet würde, so ist er im Fall Eure Hochfl. Durchl. ihm nach Anleitung der gemeinen Kayserlichen Rechte in *L. un. C. Si quis Imperatori maledixerit*, gnädigst zu verzeihen nicht gemeinet, willkührlich mit zeitlicher Landes-Verweisung auf 2. bis 3. Jahr zu bestrafen, und zu Erstattung derer aufgewendeten Unkosten anzuhalten.

VII.

Peccant Advocati fisci, qui in revocandis domaniis alienatis modum excedunt.

Peccant porro advocati fisci, qui privatos possessionibus suis spoliare, easque fisco, seu Cameræ & domanio, uti hodie loquuntur, promiscue vindicare conantur. Postquam enim hodie in aliquibus Germaniæ provinciis sententia recepta est, bona domanialia seu cameralia Principi tantum quod ad usumfructum concessa esse, adeoque alienari non posse, &, si alienentur, recte revocari, possessoresque illorum nulla præscriptione, aut certe non alia, quam immemoriali, securos reddi; latissimus aperitur campus fisci advocatis, possessiones privatorum turbandi. Quicquid enim secundum *Chopinum de domanio Gallico lib.* 1. *tit.* 2. §. 12. per decem annos a principe possessum fuisse ostendi potest, doma-

domaniale eſt. Quin imo *Corbin au Code de Louis XIII tom. 2. liv. 5. poſt. tit. 10. p. 40.* ex edicto reunionis Henrici IV. Regis demonſtrat, Principem nihil privatim habere, ſed cuncta, quæ poſſidet, ad domanium publicum pertinere. Etſi autem iſtas, quæ a principibus ſæpe plus juſto liberalibus fiunt, alienationes & imminutiones regnorum atque provinciarum omnes non probemus, præſertim, cum illæ contra pacta cum Ordinibus provinciarum inita ſuſcipiuntur, ſed tunc eas a ſucceſſore revocari poſſe, concedamus; attamen illud æquo animo ferre non poſſumus, quod advocati fiſci eam doctrinam late nimis extendunt, quod in iis etiam provinciis, in quibus abſoluta Principis nullisque pactis reſtricta poteſtas eſt, revocationi bonorum alienatorum locum faciunt, quod auctores Gallos ſecuti omnia bona, quorum poſſeſſionem aliquando Princeps acquiſivit, ad domanium referunt, quod omnem alienationem huiusmodi bonorum, quæcunque ſolennia tandem adhibita fuerint, nullam declarant, quod bona etiam exigua alienata revocant, quod ei, qui illa bona fide emit, aut permutatione acquiſivit, id, quod pro iis dedit, non reſtituunt, quod poſſeſſores præterea ad rationes fructuum diu a maioribus eorum perceptorum reddendas compellunt, atque hac ratione etiam reliquis bonis eos exuunt, quod nullam atque aliqui nec immemorialem quidem præſcriptionem in his bonis admittunt, quod bonum aliquod domaniale præſumi, poſſeſſoremque contrarium probare debere iniquiſſime contendunt. Hæc & ſimilia, quæ tamen vulgo ab advocatis fiſci urgentur, impia ſunt, atque Jureconſulto boni & æqui ſtudioſo indigna.

IIX.

De ſcriptoribus rerum domanialium.

Non

Non solum autem istiusmodi doctrinis fora perstrepunt, sed libri etiam auctorum, qui de domaniis scripserunt, referti sunt. Maximus vero est scriptorum de camera & domaniis numerus. Res nova enim regibusque & principibus nonnullis mire grata, non potuit non studium plurium virorum doctorum excitare, qui & famosum nomen suum reddere & in amicitiam Principum atque Purpuratorum irrepere studuerunt. Plerosque collegit & edidit *Christophorus Frisius* in volumine, quod *Jus domaniale* inscripsit. Accuratus ille admodum fuit in colligendis scriptoribus, qui ad institutum ipsius pertinere videntur. Atque id providentissime cavit, ne quem facile auctorem juribus domanialibus & cameralibus paulisper adversum insereret. Omisit itaque antiquissimos de domaniis scriptores, *Andream de Isernia*, qui primus ex JCtis hoc argumentum pertractavit, *Matthæum de Afflictis*, & reliquos; quod illi, tanquam in re nova, multa de domaniis remissius, quam hodie fieri solet, & benignius statuant. Omisit Gallos scriptores, quæ fortiter se *Choppino* ceterisque domaniorum patronis opposuerunt, *Girardum de l' Etat & succès des affaires de France l.* 3. *p.* 175. auctorem libri, qui *les Surintendents des Finances de France* appellatur, aliosque. Omisit elegantissima, quæ pro defensione Patkulii & ordinis equestris in Livonia contra Reductiones Suecicas prodierunt, scripta. Taceo cetera. Hi autem, quos congessit, operam dant, ut jura fisci, cameræ & domaniorum latissime extendant. Recentiores pleraque sua ex antiquioribus hauriunt, ut adeo volumen istud pervolventi unam eandemque rem sæpius relegere necesse sit. Neque tamen propterea posteriores commode omittere potuit. Hi enim, quamvis antecessores suos compilent, curant tamen, ut iis, quæ a maioribus inventa sunt, semper quid addant atque fisco & cameræ novum quod-

dam

dam privilegium, de quo antiqui non cogitarunt, addant. Nec dubium est, quin illis, qui imposterum de domaniis scribent, eadem amplificandi cura futura sit. Quodsi igitur post aliquot annos aliquis iterum huius generis scriptorum collector existet, alterumque juris domanialis volumen edet, posteri nostri fastigium, ad quod illud tunc adductum videbunt, mirabuntur, atque præsentis huius nec non præteriti seculi, domania arctis adhuc cancellis circumscribentis, modestiam ridebunt.

IX.

Doctrina de domaniis in jure naturæ fundata non est.

Omnes vero istæ, quas recensuimus, de domaniis doctrinæ, neque in jure naturali, neque Romano, neque Germanico, neque Canonico, neque feudali fundatæ, sed ab Italis excogitatæ, ad Gallos & ab his porro ad nos transmissæ sunt. Excutiemus tantum in præsens jus naturæ, ostendemusque, secundum illud Principem, nisi pacto cum Ordinibus inito aut lege publica Imperii prohibeatur, bona recte alienare. Magnum est *Grotii* nomen, multæque in disciplina juris naturalis auctoritatis. Is quidem *de jure belli ac pacis Lib.* 2. *cap.* 6. §. 11. adversus nos sentit, & bona Principi a republica data alienari posse, negat. Unam affert rationem, quod scilicet rex aut princeps in huiusmodi bonis maius jus fructuario non habeat. Addit etiam *Pufendorffius de jure naturæ & gentium L.* 8. *c.* 5. §. 11. quod talis alienatio noceat successori. Ista autem argumenta nos a sententia, quam tuendam suscepimus, non dimovent. Nam, quod ad primum attinet, quo Grotius asserit, regem tantum usumfructum non dominium in illis bonis, quæ ipsi a republica tribuuntur, habere, illud vero cum dignitate principis & cum veritate pugnat. Nec opus est ista, quam

fingunt aliqui inter regnum patrimoniale & non patrimoniale, distinctione. In omni enim regno & principatu populus abdicat se potestate sua, omnemque, nisi pacto aliquid excipiat, in monarchiam suam transfert. Dominum ergo, non administratorem aut fructuarium tantum bonorum publicorum constituit. Quod populus potuit in republica libera, id, postquam ad unum imperium translatum est, hic unus jam potest. Hoc profecto, nisi arctioribus limitibus monarchiam, quam democratiam circumscribere deterioremque principis quam populi conditionem reddere velimus, negari nequit. Potuisse vero populum, cum liber esset, bona sua alienare, quis unquam in dubium vocavit? Ergo cur idem non possit Princeps, qui nunc si non maiore, certe eadem potestate & auctoritate pollet. Accedit, quod secundum rectæ rationis & juris quoque civilis, regulas penes unumquemque possessorem plenum perfectumque dominum esse censetur, nisi, initio adquisitionis aliud dispositum fuisse, liquido demonstretur. Sed, ais, per huiusmodi tamen alienationes successori nocetur, cui eadem, quæ decessor habuit, jura & bona servari debent. Verum enim vero non videmus, quamobrem conditio successoris per factum antecessoris durior aliquantulum reddi nequeat. Succedit ille in jura, quæ hic relinquit, non etiam illa, quæ, nulla lege obstante, alienavit. Si antecessor debita contrahendo & bona domanialia oppignorando successorem suum ad solutionem faciendam obligat, quod utique fatentibus id ipsum Alexandro III. Pontifice *in c. 1. X. de Solutionibus*, *Grotio Lib.* 2. *c.* 6. §. 13. *&* *Pufendorffio lib.* 8. *c.* 10. §. 8. potest, nonne ita facto suo nocebit successori? Quidni ergo idem posset per alienationem, ad quam oppignoratio proxima via est. Sed instat denique, ipsi reipublicæ damnosas esse has alienationes. Non diffitemur, reditus eius aliquantulum per illas imminui.

minui. At iſtam tamen rationem ad revocandum non ſufficere putamus. Actum eſt de fide publica, actum de principis auctoritate: ſi omnia ea, ex quibus manifeſta in rempublicam utilitas non redundat, irrita ſunt; concident pleræque pactiones & fœdera, nullæ ſervabuntur pacis conditiones. Et quis tandem cum Principe contrahat & non potius fidem eius tanquam vanam adſpernetur, ſi ſciat, geſta eius vel ab ipſo, vel a ſucceſſore, vel a regni proceribus per inanem utilitatis publicæ ſpeciem reſciſſum iri. Hæc ſi quis recte conſideret, animadvertet certe, doctrinam de promiſcua domaniorum alienatorum revocatione pernicioſam potius reipublicæ eſſe. Intelliget, utile eſſe potius, ut permittantur huiusmodi alienationes, præſertim, cum illæ in cives fiunt, adeoque imperium & jus tributorum ſervitiorumque ſalvum manet. Intereſt enim reipublicæ, habere principem præmia, quibus bene meritos ornet; ceterosque ad ſimilem virtutem inflammet. Intereſt nonnunquam, paratam ad uſus neceſſarios pecuniam habere, illamque ex alienationibus & oppignorationibus bonorum publicorum redigere. Intereſt quoque, fidem publicam conſervari, ne alii, cum falli eam ſæpius & legitime alienata revocari vident, a paciſcendo cum principe & republica abſterreantur.

X.

Peccant advocati fiſci, qui ad revocationem privilegiorum ſine juſta cauſa agunt.

Iniuſtum porro eſt, quod advocati fiſci ad revocationem privilegiorum ſemel legitime a principe indultorum temere agunt. Equidem ſibi perſuadent, ea, quæ gratis indulta ſunt, quandocunque iterum adimi poſſe. At parum recte. Cum enim gratuitum privilegium donationis ſpecies, atque adeo pactum ſit, in pactis vero princeps privati jure utatur, non debet tale pactum ſine juſta cauſa reſcindi.

XI.

Peccant advocati fiſci, qui cauſas fiſci ſemper tumultuario proceſſu tractare, nec ordinem judicii ſervare volunt.

Ad aliam progredimur communis erga advocatos fiſci odii cauſam. Contendunt quippe, ordinem in judiciis receptum ad ſe fiſci cauſas agentes haud pertinere, ſed immunem eſſe Principem ab omnibus ſolennitatibus jure civili introductis. Itaque in ſuo exiſtimant poſitum eſſe arbitrio, cum huius perſonæ & bonis patrocinentur, an ſolennia iſta ſervare velint, an non. Et quoniam ut plurimum fiſci intereſt, abbreviari lites, quo nimirum adverſariis ſe ſuaque defendendi facultas eo magis præſcindatur, hanc indiſtincte foris obtrudere conantur ſententiam: fiſci cauſam ſemper eſſe ſummariam, neceſſe ſibi non eſſe, ut fatalia illa & terminos, uti vocantur, probationis, appellationis & reliqua obſervent, non probationem ſibi, ſed qualemcunque tantum demonſtrationem imponi poſſe &c. Denique eo rem deducunt, ut non ſummarium, ſed tumultuarium prorſus proceſſum efficiant. Jam id equidem promti largimur, extra contractum, ſeu ubi nullum Principem inter & ſubditos intercedit ſpeciale vinculum, ſolennitatibus cum juris civilis minime adſtringi, quippe quo tanquam ſummus in republica ſolutus eſt. *L. Princeps* 31. *de LL. l.* 26. *C. de Donat. int. vir. & uxor.* At plane aliter res ſe habet, ſi pacta, ſi conventiones Principem inter & ſubditos celebratæ diiudicandæ occurrant. Hic enim Principis ac privati æqualem eſſe debere conditionem, ipſa ratio ſuggerit. Quodſi enim Princeps cum privato contrahit, in omne id conſenſiſſe videtur, quod contractui ineſt, nec poteſtatis vim deinde opponere poteſt, quia huic paciſcendo ſemel renunciavit. Quæ cum ita ſint, extra omnem dubitationis aleam poſitum exiſtimamus, lites deſuper ortas eadem quoque ratione eſſe

esse decidendas. Cum enim secundum communem normam contraxisse partes præsumantur, ad eandem pacta dein erunt diiudicanda; Nec Princeps ullas sibi in ordine processus vindicare poterit prærogativas, nisi quas vel expresse sibi reservavit, vel quæ pro qualitate seu conditione actionis ei tanquam paciscenti competunt. Hæc ipsius Imperatoris sententia est. Ita enim ille *in L. un. C. de Conductoribus & procuratoribus, sive actoribus prædiorum fiscalium domus augustæ: Conductores*, ait, *hominesve augustissimæ domus nostræ, quotiens de causa ad domum regiam pertinente aliquid quæstionis emerserit, non aliter, quam ex legum ordine, quibus similiter omne hominum genus tenetur, vel excipiant vel inferant actiones.* Adde *l.* 3. *C. de Conveniendis fisci deb.* Sed hoc non solum in pactis, verum etiam in persecutione delictorum, quæ a civibus committuntur, verum est. Enim vero taceamus licet, & hic contractum, seu, quasi contractum aliquem, quippe cum lis talis sit, intervenire, ex hoc unico, quod defensio juris naturæ sit, adeoque nemini auferenda, capite assertum nostrum evidentissime poterimus comprobare. Quid enim defensioni magis nocere potest, quam si defendentes legitimis priventur remediis famam, vitam ac bona sua propugnandi? Justissime ergo Rex Prussiæ in Rescripto quodam de XV. Novembri anni CIↃ IↃ CC VI: Ob wir zwar unsern Fiscum mit überflüßigen und schweren Beweiß nicht wollen beladen haben; So halten wir jedennoch davor, daß, wenn es eine wichtige Sache betrifft, oder auf Ehre, Leib oder Leben ankommt, sodann a parte fisci genugsamer Beweiß, und nicht schlechte Bescheinigung beygebracht, auch die Interessenten mit ihrer Gegen-Nothdurft gehöret, in levioribus delictis aber und causis keine Weitläufstigkeit verstattet, sondern auf blosses Beybringen erkannt werden solle. Recte etiam *Gailius* 1. *Obs.* 21. in causis exemtionum servato juris ordine procedendum esse, asserit, & JCti Vitembergenses apud

Bergerum in Supplementis Discept. For. P. 2. *pag.* 475 actionem feudi privatoriam ad ordinarias referri debere, pronunciarunt.

XII.

Peccant advocati fisci, qui novas feloniæ species excogitant, & temere ad privationem feudi agunt.

XIII.

Iniuria levis felonia non est.

XIV.

Ob omissam investituræ renovationem feudum non amittitur, siquidem non dolus, sed culpa vasalli intercedebat.

Sed in feudis maxime tyrannidem exercent fisci advocati. Innumeras enim excogitant feloniæ species, quæ neque in iure, neque in æquitate fundamentum habent, iliasque vasallis & feudorum possessoribus obiiciunt, ut eos prædiis onerosissimo sæpe titulo adquisitis exuant. Impie profecto. Durissima scilicet est ista privationis pœna. Itaque non aliis quam gravissimis & in ipso iure nostro statutis de causis infligi debebat. Nihilominus ex factis nullius sæpe momenti feloniam eliciunt & atrociter urgent fisci advocati. Rem exemplis ostendemus. Relatum mihi est a Præside meo, JCtis Vitembergensibus, cum ipse olim eorum collegio assideret, exhibita fuisse acta, in quibus fisci advocatus feloniæ crimen intentabat vasallo, qui a Comite quodam Imperii feudum tenebat. Obiiciebatur vero idem solum, daß er in einem an den Grafen abgelassenen Schreiben die gewöhnlichen Ehren-Titel, Gnädiger Herr und Eure Gnaden, aussengelassen, und denselben nur Hochgeehrtester Herr Graf, ingleichen hin und wieder durch Abbreviaturen benennet. Etsi autem, vasallum ob iniuriam Domino illatam feudo privari posse, non negemus 2. *F.* 6. & 7. atque *Mevio* etiam *P.* 5. *Decis.*

Decif. 258. *n.* 4. largiamur, denegationem tituli honoris iniuriam esse, attamen ad feudi privationem non quælibet iniuriæ sufficiunt, sed graves & inhonestæ *in* 2. *F.* 24. §. 2. requiruntur, inter quas omissio solitæ illius compellationis parum recte connumeratur. Deinde aliqui simpliciter ad feloniæ species referunt, si vasallus negaverit, prædium, quod possidet, feudale esse. At secundum æquitatem & dispositionem *Juris Feudalis Longob.* 2. *F.* 34. *c.* 3. tunc demum feudo privandus est, si fraudulenter & sciens hoc negaverit. Excusabitur itaque, si heres rem in hereditate repertam per errorem pro allodiali venditavit. Porro communiter feudo privari posse vasallum aiunt, qui in juribus feudo debitis negligentius versatur eaque intercidere aut usucapi ab aliis, vel servitutes feudo induci patitur. Sed neque hoc recte. Huiusmodi enim facta domino non nocent, quippe qui, recepto post vasalli filiorumque eius mortem feudo, ea, quæ vasalli negligentia interiisse visa sunt, cuncta recuperat. 2. *F.* 8. Igitur nec æquum est, vasallum ob factum, ex quo dominus detrimentum non sentit, feudo privari. Dicunt etiam vulgo, incestum a vasallo commissum legitimam adimendi feudi causam esse. Sed *Ludwell. in Syn. feud. c.* 17. *Horn. Jurispr. feud. c.* 23. §. 17. *&* *Wernher. p.* 1. *Observ.* 4. jam diu contrarium ostenderunt. Denique ob omissam renovationem investituræ feudum amitti simpliciter statuunt, nullumque inter dolum & culpam discrimen admittunt. Male iterum. Lotharius certe Imperator 2. *F.* 52. §. 3. ad feudi privationem dolum necessario requirit. Id quod æquitati etiam convenit. Justior itaque sententia est, ob omissam investituram, siquidem culpa tantum & negligentia vasalli intervenerit, non feudum auferri, sed mulctam tantum imponi posse. Quam sententiam nostram etiam *Gailii* 2. *Observat.* 48. *n.* 9. *&* *Bergeri in Electis Discept. For. pag.* 1304. auctoritas firmat. Igitur

JCti

JCti Helmstadienses eam mense Maio anni cIↄ Iↄ CCXVII. in decisione illustris controversiæ secuti sunt: Es kommt lediglich darauf an, ob Beklagtens hohe Herren Principalen dadurch, daß sie die dem Lehnherrn ehemals gegebene Curalien geändert, die viele ihnen zur Lehens-Empfängniß gesetzte Termine vorbey streichen lassen, und die lehnherrlichen Schreiben anzunehmen sich geweigert, eine solche strafbare Felonie begangen, weßhalben sie ihrer Lehn-Güther entsetzet werden könten. Nun suchet zwar Kläger die affirmativam mit Aufführung unterschiedener textuum juris zu behaupten. Dennoch aber und dieweil die pœna privationis nur alsdenn statt findet, wenn der durch Unterlassung der renovationis investituræ oder sonsten begangene Lehens-Fehler ex dolo, nemlich entweder aus der offenbaren Verachtung des Lehnherrn, oder aus dem Absehen das dominium directum zu intervertiren herfliesset, hingegen dergleichen contemtus, dolus und cupiditas intervertendi dominium directum noch zumal allhier nicht vorhanden ist, gestalt Beklagtens hohe Principalen sich allemal deutlich erkläret, sie suchten sich ihrer Lehen-Pflicht und Schuldigkeit nicht zu entziehen, sondern nur die erlangte Fürstliche Würde zu erhalten, welche ihrem Bedünken nach durch Beybehaltung der alten Curialien und Titular-Abbruch leiden würde, worzu ferner kommt, daß sie doch aus dem ersten Kayserlichen Rescript ein nicht gantz unwahrscheinlich Argument vor sich gehabt, und dadurch nicht wenig in ihrer Meynung, ob müsse der Lehens-Actus bis zu Austrag des obgedachten Streits ausgesetzet bleiben, bestärcket worden; So glauben wir, es sey das hierunter etwa vorgegangene Versehen ihnen, wenn sie sich diesfalls geziemend entschuldigen, zu verzeihen, und die angestellte Privatorien-Klage aufzuheben. Gleichwohl da obangeführter Massen das Durchl. Haus Weymar nicht nöthig hat, den Lehens-Actum länger anstehen und sich aus seiner Posses setzen zu lassen, Beklagtens hohe Principalen aber bey der in unserm Urthel angehängten

hängten Erklärung und Vorbehaltung ihrer Rechte und Litispendenz nichts befürchten dürfen, wenn sie gleich die Investitur auf der alten Art mit den vormals gewöhnlichen Curialien empfangen, und bey solcher Bewandniß die fernere Verweigerung auf eine Verachtung des Lehenherren und Verkleinerung seiner Jurium hinauslaufen würde; So haben wir ihnen die Lehen ohne weiterem Verzug nach der alten Form bey Verlust der Lehen-Güter, jedoch ihrer Titulatur und der dieserhalb angeführten Litispendenz unbeschadet, zu empfangen, anbey die durch diesen Proceß verursachte Kosten zu erstatten, auferleget. Tacemus alias causas, quas advocati fisci adhuc quotidie excogitant, & ad amissionem feudi sufficere putant. Videas non raro, hanc actionem intentari, & feloniæ crimen objici vasallis, qui alio civili judicio & in pecuniaria causa a principe conventi non statim cesserunt, sed sua animose defenderunt, qui in defensione huiusmodi, ut litigantium mos est, verbis paulo liberioribus usi sunt, qui a sententia principis iniquiore ad summa tribunalia Imperii provocarunt, qui mandatis principis iniustis sæpe statim morem non gesserunt, sed excusationes suas prius attulerunt &c. Exempla eius rei quisquis videre desiderat, excutiat modo annales qui historiam funestissimi belli per triginta annos in Germania gesti continent, cui bello potissimam fere causam actiones illæ privatoriæ, quæ Ordinibus Imperii & nobilibus immediatis, ut ex querelis eorum apparet, frequentissime intentabantur, dederunt.

XV.

Peccant advocati fisci, qui litibus privatis causam fisci intermiscent.

Sed cum cancellos, quos huic scripto ab initio præfinivimus, nos jam excessisse, animadvertamus, cetera, quæ dicenda restant, in compendium redigemus. Ea quoque

res non minimum advocatis fisci odium conciliat, quod sæpe publicam fisci causam privatis litibus intermiscent. Pendente enim judicio inter privatos, ipsi causam aliquam quærunt, ex qua fisci nomine intervenire, alteriusque litigantis patrocinium oblique suscipere possint, contra dispositionem juris in *tit. C. fiscus vel respublica procurationem.* Id quod iis maxime in locis fit, ubi advocatis fisci facultas data est, controversias etiam privatorum suscipiendi & agendi. Videas ibi nonnunquam, advocatum ex privata publicam causam facere, &, quod sub Domitiano tyranno secundum *Plinium lib.* 5. *ep.* 1. frequens erat, adversarium capitis reum constituere, aut tamen in bonorum periculum adducere. Retulit mihi Cl. Præses, acta aliquando ad collegium cui assidet, missa fuisse, in quo advocatus fisci ab initio privato clientis nomine rei vindicationem instituerat, deinde, cum contra se judicatum iri animadverteret, fisci nomine intervenerat, remque tanquam ad fiscum devolutam, a quo porro illa in clientem suum derivari debebat, petierat; alio tempore fisci advocatum cum etiam tanquam privatus litigasset, atque jam de refellenda adversarii probatione laboraret, subito fisci nomine comparuisse, & falsi crimen adversario propter documentum quodammodo suspectum ab eo exhibitum objecisse. Hæc & similia incommoda non melius evitabuntur, quam, si advocatis fisci amplum satis salarium constituatur, atque illi ceterum a causis privatis abstinere jubeantur. Vide *Ord. Cam. P. I. tit.* 15. §. 3. Und nach dem jetztgedachtes Kayserlichen Fiscals und sonst eines andern Procuratoren Amt nicht wohl bey einander bestehen mögen, so ordnen wir, daß hinführo der Fiscal und kein Advocat allein die Fiscalischen Händel auswarte, und nicht andere Sachen annehme. Idem repetitur in *tit.* 16. §. 5.

XVI. *Pec-*

XVI.

Peccant advocati fiſci, qui delinquentes potentes, aut locupletes, aut amicos non perſequuntur.

Interdum vero etiam omittendo peccant fiſci advocati, dum accuſationes debitas adverſus palam delinquentes, ſi potentiores & locupletes ſint, non inſtituunt, atque tantum inferioris conditionis homines perſequuntnr dum item gratia vel pecunia corrupti vel ab accuſatione cœpta deſiſtunt, vel etiam cum reis colludunt, atque eos tam frigide oppugnant, ut illi non poſſunt non abſolvi.

XVII.

Peccant advocati fiſci, qui nullam contra fiſcum præſcriptionem admittunt.

Eſt etiam illud iniquum, quod advocati fiſci nullam contra fiſcum admittere velint præſcriptionem, ſed lites, quæ per centum annos & ultra ſopitæ jacuerunt, ſuſcitent iterum, & acerrime perſequantur. Juvant illos egregie JCti illi recentiores, quæ præſcriptionem etiam immemorialem, quod præſidium tamen antiqui DD. civibus ſemper reliquerunt, contra Principem locum habere negant. Sed de hac periculoſiſſima ſententia jam conqueſtus eſt Præſes meus in *diſſertatione de Aſſentationibus JCtorum* §. 18.

XIIX.

Peccant advocati fiſci, qui fiſco actiones a privatis cedi curant.

Nec illi advocati fiſci excuſari debent, qui actiones dubias privatorum fiſco cedi curant, ac deinde ceſſas fiſci nomine inſtituunt, adverſariosque potentia opprimunt. Indigne profecto & contra juris noſtri diſpoſitionem, quo privati actiones, quas contra privatos alios habent, Principi & fiſco vel donare L. 22. §. 2. *de jure fiſci*, vel in ſolutum

dare L. 1. *C. ne fiscus vel respublica procurationem*, vel per modum transactionis cedere L. 2. *&* 3. *C. eod.* vel in testamento relinquere *L.* 91. *de hered. instit.* vel quocunque alio modo deferre L. 2. *C. ne liceat potentioribus patrocinium litigantibus præstare vel actiones in se transferre* prohibentur.

XIX.

Peccant advocati fisci, qui temere ad rescissionem contractuum a fisco initorum agunt.

Improbum porro est, quod advocati fisci ad rescissionem contractuum a Principe vel administratoribus eius legitime celebratorum agunt, cum privatos insignem istiusmodi contractu utilitatem percipere animadvertunt. Nihil frequentius in foro videas, quam eos, qui vectigalia, prædia vel alias res fisci ad certos annos conduxerunt, durante conductionis tempore turbari, siquidem industria sua ex re id effecerunt, ut maiores pensione sua fructus conducta capiant. Quod quam sit iniquum, jurique contrarium, unusquisque intelligit. Vide modo L. 3. *C. de fundis patrim. L. pen. C. de omni agro deserto. L. 1. C. Ne fiscus rem.*

XX.

Peccant advocati fisci, qui administratores rerum fiscalium ob damnum casu fortuito datum conveniunt.

Magna sæpe administratoribus rerum fiscalium ab advocatis fit iniuria. Equidem non inficias ibimus illos non semper ex fide res sibi commissas administrare, sed suo magis lucro intentos emolumenta fisci negligere aut in propriam utilitatem impendere. At nonnunquam viri cordati justique, etsi officio suo, ut par est, fungantur, nequeunt tamen, quia homines sunt, casus omnes & infortunia prævidere. Itaque accidit interdum ut negotium optima fide ab

ab illis susceptum & gestum fisco damnosum evadat. Tum vero advocati fisci improbissime postulant, ut damnum illud de suo sarciant administratores, atque, ut sub specie justi hoc faciant, dolum, vel culpam aliquam viris innocentissimis affingunt.

XXI.

Peccant advocati fisci, qui rationes diu expunctas retractant.

Est quidem hoc fisci privilegium, quod redditæ ab administratoribus eius rationes, etsi subscriptæ jam & expunctæ fuerint, adversus eum ipsum, qui administravit, intra viginti, adversus heredes vero intra dacem annos retractari queant. L. 13. §. 1. *de diversis temporalibus præscriptionibus*. Sed advocati fisci ne contenti quidem isto jam satis longo spatio, etiam ultra id progrediuntur, & rationes sæpe a trigenta vel quadraginta retro annis redditas, atque expunctas retractant, atque heredes potissimum, quibus difficile est de factis defunctorum respondere, acerrime persequuntur.

XXII.

Peccant advocati fisci, qui eos, adversus quos agunt, ad edendum possessionis titulum compellunt.

Est hoc quoque manifeste iniquum, quod advocati fisci possessores, cum quibus litigant, ad edendum possessionis suæ titulum compellunt. Equidem communi isti sententiæ, quod regalium possessores ad edendum titulum obligentur, contradicere in præsens nolumus, sed id tantum improbamus, quod ad omnes res, quæ nomine fisci vindicantur, hæc doctrina extendatur, cum tamen secundum Ulpianum in L. 25. *de jure fisci* decretum sit & constitutum ab Imperatore Severo, *nullo modo exigendum quem probare, VNDE HABEAT, circa delationes fiscales sed delatorem probare debere, quod intendit.*

XXIII.

Peccant advocati fisci, qui in actionibus cessis non jure cedentis, sed privilegio fisci uti volunt.

Accidit interdum, ut fiscus, dum vel bona delinquentis occupat, vel debitum aliquod sibi cedi curat, in privati jus succedat, & actionem in se transmissam instituat. Tum vero male iterum advocati fisci privilegiis suis utuntur, cum tamen jure cedentis, seu eius, a quo causam habet fiscus, uti deberent. Clare est juris nostri in L. 6. *pr. de jure fisci* dispositio: *Fiscus cum in privati jus succedit, privati jure pro anterioribus suæ successionibus temporibus utitur, ceterum, posteaquam successit, habebit privilegium suum.* Secundum quam legem a JCtis Vitembergensibus mense Maio anni cIↃ IↃ ccix. judicatum fuisse, a Præside accepi in casu, quo creditor actionem contra debitorem suum jam institutam fisco cesserat, fisco vero advocatus eam ad forum, in quo causæ fiscales ex privilegio tractabantur, trahere conabatur. Tum vero responsum fuit, non posse fiscum sibi amplius jus quam quod cedens habuit, vindicare L. 5. *C. de hered. & act. vend.* atque debere adeo judicium ibi, ubi cœptum fuerat continuare, nec ad suum forum trahere: Dieweil Arnold Heinrich, von welchem die gegen Otto Ludewigen erhobene Klage dem Fisco überlassen worden, nicht vor der Commission sondern vor der Regierung Recht zu nehmen verbunden, so ist der Fiscalis nicht coram commissione, sondern vor der Regierung die von Arnold Heinrichen cedirte Action fortzusetzen schuldig. Neque *Rulando de Commissariis P. 4. l. 8. c. 8. n.* 8. assentire possumus, existimanti, fiscum intervenientem causam ad suum judicem revocare.

XXIV.

Peccant advocati fisci, qui vano populi rumore ad agendum vel accusandum inducuntur.

Dicen-

Dicendum etiam est, sed paucis, de his, qui non per dolum quidem & calumniam aliis litem suscitant, sed tamen levissimis causis, maxime vanis rumoribus populi sese ad accusandum induci patiuntur. Debebant melius observare *Constitutionem Caroli V.* qui *art.* 25. ad hoc, ut rumor indicium aliquod faciat, requirit, daß solcher böser Leumuth nicht von Feinden oder leichtfertigen Leuten, sondern von unpartheyischen redlichen Leuten komme. Egregie quoque Imperatores in L. 12. §. 1. C. *de poenis*: *Vanæ*, inquiunt, *voces populi non sunt audiendæ. Nec enim vocibus eorum credi oportet, quando innocentem condemnari desiderant.*

XXV.

Peccant advocati fisci, qui in processu ultimum sibi semper scriptum vindicant.

Id quoque improbe & contra receptum in judiciis ordinem advocati fisci poscunt, ut, cum accusant, vel agunt, ipsi postremum scriptum, quod ne quidem cum reo communicari semper volunt, proponant. Ita vero reo, cuius responsio ultima in actis esse debebat, magnam defensionis partem adimunt. Quapropter & judices æqui bonique amantes vel scriptum eiusmodi postremo loco ab advocato fisci exhibitum in sententia ferenda plane negligunt, vel, ut ante omnia cum reo communicetur, interloquuntur. Exemplum elegans *Wernherus in Observationibus Forensibus P.* 2. *O.* 479. exhibet.

XXVI.

Peccant advocati fisci, qui omnes res repertas fisco vindicant & ad regalia trahunt.

Denique advocati fisci peccant, qui omnia, quæ alicuius momenti sunt, & a privatis per intentionem aliisque modis legitimis acquiruntur, fisco tribuunt, qui thesauros in fundis privatis repertos vindicant, qui jura lapidicinarum,

calcis

calcis fodiendæ, carbonum fossilium, aliaque innumera ad regalia trahunt, De huiusmodi hominibus jam suo tempore *Juvenalis Satyra IV.* conqueritur.

Si quid Palfurio, si credimus Armillato,
Quicquid conspicuum pulcrumque est æquore toto,
Res fisci est, ubicunque natat.

& paulo ante:

Inquisitores agerent cum remige nudo,
Non dubitaturi, fugitivum dicere piscem
Depastumque diu vivaria Cæsaris: inde
Elapsum veterem ad dominum debere reverti.

XXVII.

Remedia adversus improbitatem advocatorum fisci suppeditantur.

Superest, ut aliquot, quibus nimia agendi accusandique libido in quibusdam advocatis fisci coerceri posse videtur, remedia suppeditemus. Primum est, ut, antequam ad agendum accusandumque progrediantur, necessitas ipsis imponatur, consensum Principis adhibendi, aut tamen aliquot ex Senatu eius ipsis adiungantur, sine quorum consilio nihil in causis maxime gravioribus suscipere queat. Est hoc saluberrime ita in camera Imperii provisum, quemadmodum ex *Constitutione eius P.* 1. *tit.* 16. apparet, nec non in *Ordinatione Processus per Dacatum Magdeburgicum Cap.* 51. §. 2. Sed & æquitati id & juri communi convenit, cum nullus advocatus sine consensu eius, a quo constitutus est, litem novam ordiri queat. Quapropter & JCti nonnunquam, cum consensum istum deficere animadvertunt, illum requirunt. Retulit mihi Præses, JCtos Helmstadienses mense Octobri anni CIↃ IↃ CCXII. sic respondisse in causa, quo advocatus fisci bonum emphyteuticum alienatum nomine Principis ex jure retractus vi dominii directi vindicabat: Daß der Cammer-Consulent

das

das jus retractus vor sich und ohne vorgehende Erklärung auch special-Vollmacht der Fürstl. Herrschaft zu exerciren nicht berechtiget. Secundum remedium *Surdus Decisione* 18. & *Brunnemannus ad L.* 3. *C. de advocatis fisci* suppeditant, ut scilicet advocati fisci, cùm judex id æquum esse animadvertit, de calumnia jurare cogantur. Tertium remedium est, ut advocatus fisci aliquando, si temere eum litigasse appareat, in expensas condemnetur. Quod, etsi parum frequentetur, justissimum tamen est, convenitque *Constitutioni Judicii Cameralis P.* 1. *tit.* 16. *n.* 2. Vide plura hac de re in *Specimine LVI. de Calumniatoribus*, *Meditat.* 6. Denique non iniquum est, ut his, qui ab advocato fisci calumniosa lite pulsati sunt, absolutis actio injuriarum contra accusatorem suam permittatur, quemadmodum *Antonius Sola ad Decreta Sabaudica tit. de officio Advocatorum & Procuratorum fiscalium Gl.* 1. agnoscit.

SPECIMEN LI.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. III. TIT. I.

DE

HIS, QVI AB ADVOCATIONE ARCENTVR

PVBLICE DEFENSVM

A

PHILIPPO CONRADO HVGONE,

HANNOVERANO.

D. XIII. JVNII ANNI CIↃ IↃ CCXVI.

I.

Minor, dummodo septimum decimum annum expleverit, inter advocatos a magistratu recipi potest.



n minor inter advocatos recipi possit, tantopere disputatur inter DD. ut miremur, hanc controversiam a Menochio ad arbitrarias judicum quæstiones non fuisse relatam. Ipsa inter se jura dissentiunt. Nam Romanum minorem, qui modo septendecim annos complevit, ad advocationem admittit, L. 1. §. 3. *de Postulando.* Sed canonicum jus quemquam, nisi maior XX. annis fuerit, ad judicia deputari vetat, *c.* 5. §. 2. *de Procuratoribus in 6.* Quod vero ex istis duobus juribus receptum sit, siquidem ex suffragiis auctorum æstimare velis, incertus hærebis. De antiquorum dissensionibus non dicemus. At ex recentioribus, si *Hubero in Eunomia Romana p.* 131. *Strykio in Usu moderno D. tit. de Postulando* §. 3. *Bergero in Oeconomia juris lib.* 4. *tit.* 8. §. 2. *n.* 2. credimus, minoribus non in Camera Imperii solum, sed & in reliquis Germaniæ provinciis atque apud plerosque populos exteros aditus ad fora tanquam advocatis patet. Contra si *Carpzovio Decisione* 203. *Hoppio ad* §. 5. *I. Qui & ex quibus causis manumittere in Usu hod.* &, quos ille ibi memorat, auctoribus fidem habemus, indistincte hodie jus canonicum receptum est. In hac communium opinionum cum communibus pugna nolumus a jure canonico, cuius auctoritas præcipue in forensibus negotiis auctoritatem juris Romani vincit, recedere, sed minorem adhuc hodie ab advocatione arcemus. Magistratibus tamen facultatem relinquimus, minores huiusmodi, perspecta eorum prudentia & exploratis rite studiis, in album advocatorum referendi, quo casu adversario nec excipiendi contra advocati ætatem potestas competit, nec advocato, aut

prin-

principali eius, siquidem læsi fuerint, restitutio in integrum propter ætatem teneram indulgebitur, *arg. L.* 1. *C. Qui & adversus quos.* Non tamen aliter magistratibus hoc permittimus, quam, si novellus iste advocatus annum ætatis septimum decimum, quem & leges civiles requirunt, compleverit. Nam rarius ante hunc sapere incipiunt adolescentuli, &, licet aliqui ingenii igniculi in iis eniteant, judicii tamen maturitas deest, quam in advocato præcipue desideramus, ne levitate & temeritate sua causas sibi commissas perdat & nimio, quo plerumque juvenes feruntur, fervore in iniurias & convicia abripiatur. Vide *Plinium lib.* 2. *epist.* 14. ubi, adolescentulos & pueros irreverenter ac temere in centumviralibus causis ad declamandum irrumpere, conqueritur. Non potest igitur probari factum Senatus Parisiensis, qui teste *Menagio in Amœnitatibus cap.* 2. Jacobum Corbinum anno tertio decimo advocatum adsumsit, & anno quarto decimo causam orare apud se passus est. Merito Martinettus, ipse quoque advocatus Parisiensis, in hanc senatus levitatem tali carmine lusit:

Vidimus attonito puerum garrire senatu.
Bis pueri, puerum qui stupuere senes.

II.

Inferior magistratus delictum ab advocato adversus se ipsum commissum optime per interdictionem fori & præterea aliam pœnam extraordinariam ulciscitur.

Equidem nemo sibi ipsi jus dicere, nec iniuriam sibi factam vindicare potest. At istæ regulæ, ut alio tempore copiosus ostendemus, exceptionem patiuntur in magistratu, cui, dum munus suum administrat, iniuria facta est. Quia enim tum non ipsius magis, quam reipublicæ, interest, exemplum statui & pœna publice inflicta auctoritatem

magiſtratuum & miniſtrorum publicorum adverſus violatores muniri, non tam in ſua quam publica cauſa judicare videtur. Imprimis autem judici hoc remedio contra advocatos opus eſt, quorum impudentiſſimæ audaciæ nihil ſanctum ſæpe, nihil inviolabile eſt. Ab his ut tuti præſtentur judices, remedio opus habent præſente & efficaci, quod homines iſti formident. Actio quippe iniuriarum, quæ privatis etiam competit, longa eſt & tædioſa. Nihil itaque melius, quam, ut prævia brevi inquiſitione, cui in iniuriis perſonæ publicæ illatis locum eſſe infra demonſtrabimus, huiusmodi violator ſacroſanctæ auctoritatis interdictione fori aliaque extraordinaria pœna coerceatur. Atque ſic puniri poteſt advocatus non ſolum ob iniurias, ſed, quoties aliquid agit, quo leges ſibi initio ſuſcepti officii præſcriptas violat L. 1. §. 6. *in fine de Poſtulando.* Adde *Manzium de Advocatis Procuratoribus tit. n.* 25. Sic reſponderunt JCti Helmſtadienſes menſe Januario anni cIↄ Iↄ ccxv. Es mag der Advocat L. deßhalben, daß er wider das ihm bey Antritt ſeiner Advocatur geſchehene Verbot gehandelt, ſeines Advocaten-Amtes entſetzet, und mit einer willkührlichen Strafe beleget werden.

III.

Is, cui advocatione in aliquo judicio interdictum eſt, ab aliis negotiis forenſibus ibidem non arcetur, bene tamen is, cui foro ſeu praxi interdictum.

IV.

Advocatio & poſtulatio non differunt.

Plus eſſe foro, quam advocationibus interdicere, ex *L.* 9. §. 4. *de Pœnis* diſcimus. Nam cui foro interdictum eſt, is nullis negotiis forenſibus accommodare ſe poteſt, quod tamen poteſt is, cui advocationibus interdictum. Plana hæc videntur, ſed, cum ad uſum transferenda ſunt, diffi-

cultate

cultate non carent. Apparebit hoc ex loco *Bergeri*, qui in *Oeconomia juris lib.* 4. *tit.* 8. §. 2. *n.* 8. *p.* 959: *Nota*, inquit, *eum, qui sententia judicis prohibitus est postulare, nihilosecius extra judicium litigantibus, consilio & scriptis, inservire posse, arg. L.* 1. §. 2. *ibi*: in jure (*localiter tali*) *de Postul. L.* 9. §. 4. *de Pœn. aliud est postulatio, aliud advocatio: altera adstricta est ad jus, ad judicium, altera complectitur omnem operam, etiam extrajudicialem, l.* 1. §. 11. *de extraord. cogn. Vocabulo advocationis æquipollet hodiernum: practiciren. Cui igitur cuique a judice interdicitur praxi* zu practiciren, *is etiam extra judicium prohibetur, consilia, eaque, tanquam mercenaria suppeditare, quum alioqui fraus fieret interdicto, ejusque finis, coercitio, eluderetur. Ita visum fuit in F. V. M. Jun.* 1709. Hæc vir ille summus, cuius ego, etsi singulas sententias non saltem, quemadmodum Cicero Euripidis versus, singula testimonia, sed in controversiis juridicis singula oracula puto, hic tamen ab eo dissentire audeo. Non intelligo scilicet rationem, ob quam a dispositione *Legis* 9. §. 4. *de Pœnis* recedat, a qua, etsi eius pro stabiliendo asserto suo mentionem faciat, vere recedit. At scilicet, hunc, cui advocatione interdictum est, nec extra judicium quidem consilia petentibus suppeditare, id est nullum negotium, quod quocunque modo forense sit, expedire posse. Hoc vero permittit ei Ulpianus in memorata lege. Nec potest aliter. Advocationem enim præstare in jure nostro nihil aliud est, quam desiderium suum vel amici apud judicem seu ore seu scriptis exponere, vel desiderio alterius contradicere, L. 1. §. 2. *de Postulando*. In qua lege, quæ de postulatione dicuntur, & ad advocationem pertinent. Differentia quippe, quæ inter advocationem & postulationem fingitur, Plauti quidem & Ciceronis tempore fuit, quo *Asconio Pediano* teste, advocati omnes dicebantur, quicunque amico præsentiam suam commoda-

 bant,

bant, at postea sublata, & juri Justinianeo prorsus incognita est, quemadmodum ex *l.* 6. *&* 8. *de Postulando* apparet. Observavit id præter alios *Cellarius in Antiquitatibus Romanis*, & discrimen vetus inter advocatos & causidicos recentioribus temporibus prorsus evanuisse ostendit. Nec objici potest *l.* 1. §. 11. *de extraord. cognit.* ubi advocati dicuntur omnes omnino, qui causis agendis quoque studio operantur, cum causas agere seu orare de consiliis extrajudicialibus nullo pacto intelligi possit. Ille quoque metus, quod ita fraus fieret interdictio & finis eius, coercitio, eluderetur, parum me movet, quoniam satis pœna est, quem tanquam indignum a limine judicii arceri, & scripta, quæ ab ipso exhibeantur, rejici, etsi de cetero aliquid ipsi faciendum relinquatur, nec omnia vitæ subsidia adimantur. Malim igitur, eum, cui advocatione seu postulatione interdictum est, ad alia negotia forensia, uti consulere, admitti, cum vero, cui foro seu, ut hodie loquimur, praxi interdicitur, nihil omnino, quod ad judicium quocunque modo pertineat, facere posse. Atque ex his fundamentis JCti Helmstadienses mense Decembri anno CIↃ IↃ CC XIII. responderunt, posse judicem acta ad Doctores, quibus in suo judicio advocatione interdictum est, mittere, ut sententiæ ab iis concipiantur: Es fechten Beklagte das von Dortmund eingeholte Urthel daher an, weil denen Dortmundischen Advocaten in Cleve zu advociren verboten ist. Weilen aber das wegen des Advocirens ergangene Verbot, als ein odiosum, stricte zu erklären, und auf andere Fälle, als consilia und responsa zu ertheilen oder Urthel abzufassen, nicht zu erstrecken ist; So ist dieser Vorwurf nicht attendiret worden.

V.

Infamis, cujus quidem turpitudo liquida est, a postulando arcetur, non etiam is, de cuius infamia adhuc controvertitur.

VI. *Qui*

VI.

Qui aliquando clientem suum fraudavit, imposterum ad advocandum non debet admitti.

Quæ de infami diximus, dubium adhuc habere videntur. Equidem Justinianus in §. 11. *de Except.* *Eas*, inquit, *exceptione*, *quæ olim procuratoribus propter infamiam, vel dantis, vel ipsius procuratoris, opponebantur, cum judiciis frequentari nullo modo perspeximus, conquiescere sancimus; ne, dum de his altercatur, ipsius negotii disceptatio proteletur.* Contra Ulpianus in *l.* 1. §. 8. *de Postulando*, infames postulare non debere, ait. Quæ duo loca ut concilientur invicem, DD. communiter inter advocatum & procuratorem distinguunt, atque illum non, nisi integræ famæ sit, admitti, hunc, cuius officium vilius sit, infamem quoque esse posse, credunt. At nobis istud discrimen non placet. Eadem profecto ratio, ob quam Justinianus procuratores infames admittit, in advocatis quoque locum invenit, ne scilicet, dum de infamia disputatur, lis ipsa justo longius proferatur. Præterea differentiam inter ista duo munera plerisque in locis sublatam atque eundem advocati & procuratoris partes sustinere videmus. Accedit juris canonici auctoritas, quod ipsam illam *l.* 1. §. 8. *de Postulando* & de procuratoribus & de advocatis explicat. Sic enim Gratianus in *c. pr. Causa III. q.* 7. qui canon ex *tit. Postulando* excerptus est: *Infames*, ait, *non possunt esse procuratores vel patroni causarum.* Igitur discrimen illud facile concidit. At sic contradicere sibi invicem Ulpianus & Justinianus videbuntur. Sed horum pugnam sustuleris optime, si cum *Ummio in Processu disp.* 3. *n.* 20. aliisque inter infamiam manifestam & eam, quæ altioris indaginis est, distinguas. Illa obstabit & advocato & procuratori, hæc neutri ob rationem a Justiniano in §. *ult. I. de Except.* memoratam. Et hæc sententia usu quoque judiciorum & collegiorum recepta

cepta est. Quod exemplo nunc ostendemus. Advocatus quidam ex mandato domini pecuniam a debitoribus eius exegerat, sed interverterat, neque, ut redderet, compelli poterat. Interrogabantur itaque mense Octobri anni CIↃ IↃ cox. JCti Vitembergenses, essetne ille a postulando & judiciis arcendus. Infamiam illum incurrisse, dubium non erat. Pessimum scilicet est crimen, fallere clientem, qui se fidei tuæ commisit. His non immerito *Virgilius Aeneid. lib.* 6. *v.* 609. locum in tartaro inter scelestissimos assignat:

Hic, quibus invisi fratres, dum vita manebat,
Pulsatusve parens, & fraus innexa clienti.

Et lex XII. tabularum; *Patronus*, inquit, *si clienti fraudem fecerit*, *sacer esto.* Adde *Gellium Noct. Attic. lib.* 5. *c.* 13. Quapropter & leges nostræ non patronum solum, sed quemvis mandatarium, qui in mandato fraudem facit, infamia notant *l.* 1. §. 5. *de his*, *qui not. inf. L* 21. *C. Mandati.* Fraus vero sine dubio est, imo furtum, pecuniam, cui exigendæ præpositus es, intervertere, vel in tuos usus impendere. *L.* 40. *de Furtis.* Id igitur dubium adhuc supererat, quod ex §. *ult.* 1. *de Except.* movetur. Verum hunc §. de eo loqui, qui de facto famoso plene nondum convictus est, jam diximus. Quapropter supra memorati JCti advocatum illum & a foro arcendum & præterea puniendum crediderunt, sequentemque in modum responderunt: Hat ein Advocat bey dem Amte Rossen; Namens L. B. T. Kraft der ihm von A. S. ertheilten Vollmacht, Gelder von W. C. eingehoben, selbige aber, alles Erinnerns ungeachtet seinem Principal bis dato nicht ausgezahlet. Wannenhero derselbe, ob nicht L. B. T. im Fall er dieses facti überwiesen würde, sich an seinen Ehren anrüngig gemacht, und daher von der praxi auszuschließen, auch überdieß nachdrücklich zu bestrafen sey,

zu

zu wissen verlanget. Weil nun die Gesetze klare Masse geben, daß ein Mandatarius, so in der ihm aufgetragenen Sache treulos handelt, und dessen überführt wird, vor anrüchig gehalten werden solle, und in gegenwärtigem Fall nicht zu läugnen, daß L. B. T. indem er das eingeholte Geld etliche Jahre lang bey sich behalten, und dem A. S. auf sein vielfältiges Ansuchen nicht auszahlen wollen, eine Treulosigkeit begangen, also dadurch, und sonderlich, daß er wider den von ihm geleisteten Advocaten-Eyd hierinnen gehandelt, einige Strafe verdienet, im übrigen diejenigen, so sich anrüchig gemachet, aller Ehren und Würden zu entsetzen, auch von der praxi auszuschliessen seyn; So ist L. B. T. wenn er des angegebenen facti überwiesen wird, vor anrüchig zu achten, und mag nicht allein a praxi removirt, sondern überdis mit einer willkührlichen Strafe beleget werden.

VII.

Mulieres Romanæ jus postulandi pro aliis nunquam habuerunt.

VIII.

Carfania contra calumniam Ulpiani defenditur.

Age, abstergamus notam, quam Ulpianus matronæ cuidam Romanæ *in L. 1. §. 5. de Postulando* immerito sive per errorem sive per malitiam inussit. Scilicet commemorat ibi edictum Prætoris, quo feminæ pro aliis postulare prohibentur, atque causam ei dedisse ait mulierem quandam, quæ inverecunde postularit & magistratum inquietarit. De nomine istius mulierculæ mirus est doctorum dissensus. Calphurniam appellant vulgatæ corporis juris editiones, C. Afraniam *Alciatus Parerg. L. 2. c. 37.* motus *Valerii Maximi* auctoritate, Carfaniam *Cujacius L. 26. Obs. 38.* fidem Florentini exemplaris secutus, a quo nuper iterum recessit *Bynkershoekius Observat. juris Romani L. 4. c. 13.* & operose pro Afrania pugnavit. Sed inanis prorsus est lis,

cum, ut deinde ostendemus, nec Afrania, nec Calphurnia, nec Carfania, nec alia quæcunque femina Prætori istud edictum extorserit. Interim tantum potuit Ulpiani auctoritas, ut propter eam adhuc hodie male audiat Carfania, & causa interdictæ mulieribus advocationis vulgo perhibeatur. Ipse adeo Speculi Saxonici compilator, qui fabulas sæpe & historiolas Romanas priscis Germanorum consuetudinibus ridicule infarcit, eidem Calphurniæ originem juris Germanici, quo feminæ ab advocatione arceantur, insulse adscribit. Sic enim *in Lib. 2. Art.* 63: Es mag kein Weib Vorsprach seyn, noch ohne Vormund klagen. Das verwirkte ihn allen Calphurnia, die vor dem Richter mißbarte vor Zorn, da ihr Wille an Vorsprechen nicht möchte fortgehen. Longe tamen ineptius adhuc Latinus huius articuli interpres, hanc de Calphurnia historiam in Germania apud Regem contigisse credidit. Sed quicquid sit, neque Carfania illa advocationem aliis præstitit, neque alia femina Romana id unquam fecit, erat Ulpianus, dum causam edicti prætorii in Carfaniam reiicit. Colligimus hoc primum ex eo, quod mulieres ab initio statim reipublicæ Romanæ ab omnibus negotiis & conventionibus publicis exclusæ atque vix ad proprias causas agendas admissæ fuerunt. Jam tum Numa Pompilius, teste *Plutarcho in Comparatione Numæ & Lycurgi*, lege publica hoc sancivit, quæ etiam tam sancte observata fuit, ut, cum aliquando mulier propriam causam in foro dixisset, Senatus Deos consultum mitteret, quidnam civitati ea res portenderet. Neque in libera republica ab hoc instituto recesserunt Romani, sed constanter id retinuerunt. Cato apud *Livium Lib.* 34. *c.* 2. mulieribus tanquam rem inauditam & impudentiæ plenam exprobrat, quod illæ in negotio ad integrum sexum suum pertinente publice in foro comparere & senatores orare ausæ essent. *Maiores,* inquit, *nostri nullam ne privatam quidem rem agere feminas sine auctore volue-*

voluerunt: *in manu esse parentum*, *fratrum*, *virorum*. Et, qui earum patrocinium suscipit, *L.* Valerius *ibid. c.* 5. hoc factum saltem ex eo capite excusat, quod causa proprie ad ipsas pertineat. Satis ergo apparet, in alienis causis nunquam eas comparuisse. Deinde, qui antiquitates Romanas vel primoribus labris degustarunt, haud ignorant, mulieres Romanas in perpetua tutela & cura fuisse. *Cicero pro Murena*: *Mulieres*, ait, *omnes propter infirmitatem consilii maiores in tutorum potestate esse voluerunt*. Quae ergo ipsae aliorum ope & patrocinio in suis causis opus habuerunt, non potuerunt hoc aliis praestare. Porro nullum exstat in omni historia Romana exemplum mulieris, quae pro alio postularit. Exstat quidem apud *Valerium Maximum Lib.* 8. integrum *c.* 3. *de Mulieribus*, *quae causas apud magistratus egerunt*. Nulla vero ibi memoratur, quae alienam causam defenderit. Tres saltem nominantur, quae in causis propriis agere apud iudicem sustinuerint. Et hoc ipsum tamen Valerio singulare & inusitatum visum est. Tum ipsa illa, quam Ulpianus in medium producit, Carfania, aut potius C. Afrania non pro aliis, sed pro se tantum verba fecisse apud *Valerium d. cap.* §. 2. dicitur. Denique *Juvenalis*, acerrimus mulierum censor, *in Satyra 6. versu* 241 *seqq.* illis, non quod pro aliis postulent, sed quod in propriis causis comparere audeant, obiecta, nec profecto reticuisset, si quam advocati partes sustinuisse scivisset. Quamobrem credibile est, praetorio illo edicto non Carfaniae impudentiam coercitam, sed veteres saltem leges & instituta confirmata fuisse.

COROLLARIA.

1 Inquisitus, durante inquisitione, ab advocatione suspenditur arg. *L. 6. C. de Procuratoribus*. Consentiunt JCti & Scabini Lips. apud *Zipffelium* von Wechsel-Briefen *pag.* 428.

2 *Ordinatio Cameræ P. 1. tit. 15. §. 3. & tit. 16. §. 5.* quæ advocatos fiſci a cauſis privatis abſtinere jubet, noſtros advocatos fiſci non obligat.

3 Donatarius propterea, quod contra donatorem poſtulet, ingratus dici nequit.

SPECIMEN LII.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. III. TIT. II.

DE

INFAMIA ET LEVIS NOTAE MACVLA

PVBLICE DEFENSVM

A

PHILIPPO CONRADO HVGONE,

HANNOVERANO.

D. XI. IVLII ANNI CIↃ IↃ CCXVI.

I.

Pœna infamiæ moribus Germanorum non repugnat, & adhuc hodie etiam quoad cauſas civiles, in uſu eſt.



Cum iſte, quem *in Specimine præcedente* memoravimus, de advocato clientem ſuum fraudante, caſus JCtis Vitembergenſibus offerretur, illa ſimul quæſtio excitabatur, eſſetne pœna infamiæ, quam jura Romana in cauſis civilibus, & inprimis ex contractu mandati, depoſiti, tutelæ, & ſocietatis deſcendentibus fraudatori infligunt, apud Germanos adhuc in uſu. Inter ceteros diſſentientes *Schilteri* auctoritas obiiciebatur, qui doctrinam *Grönewegenii ad* §. 2. *I. de Pœna temere litigantium*, nullum hodie civile judicium famoſum eſſe aſſerentis,

tis, Germanis nostris obtrudere conatur, atque adeo pœnam infamiæ in caussis civilibus plane cessare, in criminalibus vero aliter, quam si in sententia exprimatur, locum non habere affirmet *in Exerc. ad ff.* 10. §. 35. 36. Unica est eius ratio, maiores nempe Germanorum priscos & recentiores magnopere ab infamia abhorrere. At hoc ipsum est, de quo vehementer dubitamus. Dum enim Germanorum leges, annales & consuetudines volutamus, non animadvertimus, Germanos maiore studio, quam Romanos, improborum civium suorum famam & existimationem conservasse. Quin imo pœnas eorum ignominiosiores Romanis fuisse, vel ex sola illa canum, item sellarum portatione, de qua vide *Dattium in Volumine rerum German. Lib.* 1. *cap.* 20. *n.* 53 *seqq.* cui similem Romani non habuerunt, apparet. Nec infrequens est infamiæ pœna in priscis Saxonum consuetudinibus. *Speculator Saxonicus in Lib.* 1. *Art.* 40. Wer treulos beredet wird, dem vortheilt man seine Ehre. Quod vero ad recentiora Germanorum jura attinet, poterunt ex illis quoque multa afferri, quibus infamia statuitur in eos, qui circa contractus fidem fallunt. *Hamburgenses in* Stadt-Recht *P.* 2. *tit.* 18. *Art.* 4. Würde einiger Schiffer das Schiff mit unziemlichen Boddemereyen beschweren, derselbige soll, wann er allhie wieder anlanget, für einen unehrlichen Mann gehalten, auch in dieser Stadt und derselben Gebiete nicht geduldet werden. Silentio præterimus leges Saxonicas, aliasque multas. Adde tamen *Lauterbachii Conclus. Theoretico-Pract. Exerc.* 10. §. 12. Quamobrem sic responderunt memorati JCti mense Octobri anni CIↃ IↃ CCX: Ob wol unterschiedene Rechts-Lehrer in denen Gedanken stehen, es sey die in denen legibus Romanis öfters gesetzte pœna infamiæ denen alten teutschen Rechten und Gewohnheiten zuwider, und habe diesemnach in bürgerlichen Sachen und Klagen gar keine, in peinlichen Fällen aber nur als-

 denn

denn statt, wenn der Richter dieser Strafe in seinem Urthel ausdrücklich gedenket; Dennoch aber und dieweil die Römischen Gesetze, in so weit selbige denen teutschen Rechten und Gewohnheiten nicht deutlich zuwider laufen, durch gantz Teutschland angenommen und eingeführet seynd, selbige aber klare Masse geben, daß ein treuloser Mandatarius für anrügig gehalten werden solle; welche Dispositon denn denen juribus patriis keineswegs zuwider ist, gestalt aus unterschiedenen Orten, daß pœna infamiæ in denen alten teutschen Gewohnheiten gleichfalls wohl bekannt sey, beygebracht werden kan; So ist L. B. T. für anrügig zu achten. Aliud exemplum, quo improbo fœneratori infamia irrogata, atque testamentum, in quo ille heres institutus erat, querela inofficiosi rescissum fuit, exhibet *Barthius in Hodegeta Forensi pag.* 90. Et profecto, ut Cleobuli, sapientis Græci, verbis utamur, illa demum civitas optime ordinata est, in qua infamia magis, quam lex metuitur.

II.

Stuprum infamiam juris irrogat.

III.

Ob stuprum recte quis ex opificio eiicitur.

Leve hoc delictum plerisque videtur, & vix dignum, quod pœna aliqua afficiatur. Sed aliter longe jurium nostrorum conditores sentiunt. Hi stuprum inter delicta publica referunt §. 4. *I. de Public. judic.* delictorum vero publicorum reos infames esse jubent *L. 7. de Public. judic.* Adde *L. 25. C. Ad. L. Jul. de adult.* Quapropter nec nos mitiores esse, nec eos ad honores & collegia admittere possumus. Nullum fere est per totam Germaniam nostram collegium in recipiendis membris suis circumspectius, quam Camera imperii. Natales, doctrina, mores accu-

accuratiſſime examinantur. Si quod in vita ante acta delictum occurrat, repellitur candidatus, nec immerito, *cum Conſtitutio Cameræ P.* 1. *tit.* 3. *n.* 2. in recipiendis aſſeſſoribus primo loco honeſtatem, ein erbar Weſen und Wandel, requirat. Extant itaque exempla, quibus repulſam tulere nonnulli Cameræ oblati, propterea, quod ſtupro ſe olim polluerant. Et *Carpzovius Dec.* 17. ſenatorem ob ſtuprum ordine motum fuiſſe, memorat. Quin imo *Bergerus in Jur. Crim. p.* 351. aſſerit, ſenatori ob ſtuprum condemnato ne quidem a judice inferiore aut collegio juridico famam & ordinem reſervari poſſe, ſed principem adeundum, ab eoque, ut ſtupratorem famæ reſtituat, & in ordine retineat, petendum eſſe. Quæſtionem aliquando motam fuiſſe recordamur, an vidua ſtuprum paſſa e collegio opificum, in quo poſt obitum mariti remanſerat, eiicienda eſſet. Affirmat *Carpzovius Lib.*6. *Reſponſo* 100. ubi tamen *n.* 9. non juris, ſed facti ſaltem infamiam ei irrogari, putat. At nos ſupra infamiam quoque juris illam incurrere oſtendimus, adeoque quæſtionem iſtam affirmare minus dubitamus. Conſentiunt nobiscum JCti Vitembergenſes, qui menſe Maio anni CIↃ IↃ CCX. ſic reſponderunt: Hat Erdmann Töpfers, eines Fleiſchers Wittwe, Vier Jahr nach ihres Mannes Tode das Handwerk fortgeſetzet, nachgehends aber ſich von ihrem Knecht ſchwängern laſſen; Da ihr denn, ob dieſelbe ſich der Fleiſcher-Innung verluſtig gemachet, und aus ſolcher geſtoſſen werden könne, zu wiſſen verlanget. Nun seynd alle diejenigen, ſo ein delictum publicum, dergleichen auch die Hurerey iſt, begehen, für infam oder anrüchig zu halten, folglich von allen Ehren-Aemtern und Handwerkern auszuſchlieſſen ꝛc.

IV.

Exiguum etiam furtum infamiam irrogat, præbetque juſtam diſſolvendi ſponſalia cauſam.

Con-

Contra *Carpzovium* nunc disputamus, qui *in Jurispr. Ecclesiast. L.* 2. *def.* 178. negat, ob furtum a sponso commissum, quod extraordinariam duntaxat meretur pœnam, sponsalia dissolvi posse, præcipuamque rationem in eo ponit, quod causa repudii, ultimum scilicet supplicium & infamia sponsi, cesset. Sed quod ad infamiam attinet, fallitur *Carpzovius.* Equidem *Wesembecii & Pistoris* auctoritate se tuetur, asserentium, judicem, qui in delictis levioribus arbitrariam & extraordinariam decernit pœnam, censeri infamiam remittere. At nihil horum auctoritas contra manifestas leges potest. Clarius hæ loquuntur, quam, ut dubium restare possit. Namque Severus & Antonius *in L.* 8. *C. ex quibus causis infamia*: *Si furti*, inquiunt, *condemnata es, citra verbera quoque fustium, famæ damnum subiisti.* Et Macer *in L.* 63. *de Furtis*: *Non poterit*, ait, *præses provinciæ efficere, ut furti damnatum non sequatur infamia.* Cum igitur sponsum, de levi etiam furto extra ordinem punitum, infamia sequatur, deinde non magnitudo & pretium rei ablatæ, sed animus furem faciat, & sponsæ merito horrorem incutiat, non dubitaremus, sponsam hoc casu, etiamsi sponsus nulla pœna affectus fuisset, a promissione matrimonii absolvere, præsertim hodie, ubi, omisso antecessorum suorum rigore, JCti, si modo paulum verosimiles videant afferri rationes, facilius dissolutionem sponsaliorum indulgere solent, qua de re vide *Schilterum in Institut. Juris Can. Lib.* 2. *Tit.* 10. §. 52.

V.

Levis notæ macula non est inventum recentius Doctorum, sed in legibus Romanis fundamentum habet.

Sunt nonnulli, qui levis notæ maculam a Doctoribus inventam, & præter mentem legislatorum Romanorum

ex

ex verbis L. 27. C. *de inoff. testam.* exsculptam perhibent. Quod tamen nobis persuadent. Neque enim aliæ deficiunt leges, quæ homines sordidum vitæ genus exercentes turpitudine quadam notant, & ob eam ipsam turpitudinem a consortio honestorum hominum segregant, atque ab honoribus & collegiis excludunt. Vide longum eorum indicem in *tit. C. de Murilegulis.* Adde *L. 25. C. Ad L. Jul. de adulter.* ubi discrimen inter gravatam opinionem & infamiam memoratur, & L. 2. C. *de Dignitatibus*, ubi famosi & notati, nec non hi, quos scelus & quos vitæ turpitudo inquinat, ab invicem distinguuntur. Atque his ipsis nulla appellatio melius convenit, quam notæ, quippe quæ ex indole Latini sermonis contemtum & distinctionem vilis personæ significat. Sic *Plinius lib. 2. ep. 6.* ubi cœnam divitis cuiusdam sibi & potioribus amicis opima, inferioribus vilia & minuta apponentis, describit, hos non ad cœnam, sed ad NOTAM vocatos dicit.

VI.

Reus, contra quem inquiritur, pendente inquisitione, aliqua macula notatus, ideoque ab officio est suspendendus, nec ad novos honores admittendus.

Equidem grave videtur, reum nondum confessum vel convictum, cuius forsan innocentia in fine processus apparebit, non exspectata sententia, damnare quasi & ab officio suspendere. Quoniam tamen usus fori hoc ita servat, non iniquum eum esse, nunc ostendemus. Scilicet etsi facile largiamur, inquisito, quamdiu pendet cognitio, haud irrogari infamiam: nihilominus macula quædam existimationi eius apud bonos viros adspergitur. Agnoscunt hoc *Menochius de Præsumt. lib. 1. qu.* 88. *n.* 9. & *Carpzovius Quæst. crim.* 108. *n.* 62. & recte quidem, cum nemo ad inquisitionem trahatur, nisi indiciis & suspicionibus gravi-

vibus oneratus, quæ vix aliter, quam dolo vel culpa eius interveniente, accumulari potuerunt. Deinde necesse est, ut & communis fama eum auctorem criminis designet, & ut vita eius anteacta suspicionibus locum faciat, quemadmodum ex *Constit. crim. art.* 25. apparet. Quodsi igitur hæc duo concurrant, adest jam ante inquisitionem macula aliqua, quam ipse culpa sua incurrit. Consentit porro & jus civile arg. *l.* 6. *C. de Procuratoribus*, & canonicum in *c.* 10. *X. de Purgatione canonica*, & *Strykius de suspensione ab officio cap.* 3. cum aliis, & usus fori, quem sequens JCtorum Vitembergensium responsum mense Julio anni CIↃ IↃ CCXI. datum comprobat: Ist Titio die Inquisition wegen einiger wider ihn angegebenen Geleits-Verbrechen zuerkannt worden. Weil er nun jetzo das Stadt-Regiment als Bürgermeister bald wieder überkommen soll, gleichwohl besorget, es werde von denen übrigen Collegen im Raths-Stuhl seine suspensio ab officio gesuchet werden, so entstehet die Frage, ob er bey künftiger Raths-Wechselung von dem Regiment ausgeschlossen werden könne. Nun wird einem würcklichen Inquisiten einige infamia, wo nicht juris, dennoch facti, oder wenigstens eine levis notæ macula zugezogen, da denn bekannt, daß die Personen, so infamia juris vel facti laboriren, weder ad honesta collegia, noch zu andern Ehren-Stellen gelassen werden, welches auch auf diejenigen, so nur levis notæ macula behaftet seynd, erstrecket wird, &c. Pariter Scabini Lipsienses apud *Struvium in Decisionibus juris opificiarii Dec.* 20. opificem ab exercitio opificii propter inquisitionem contra eum institutam juste suspendi, responderunt.

VII.

Levis notæ macula per familiarem cum aliis notatis consuetudinem, contrectationem maleficorum, aut rerum ad excoriatores pertinentium haud contrahitur.

Quod

Quod imperatores in *l.* 12. §. 1. *C. de Pœnis* præcipiunt, vanas populi voces non esse audiendas, hoc imprimis quoad infamiam & levis notæ maculam observari debet. Infinitus est eorum numerus, quos ineptum vulgus infamibus & notatis aggregat. Sed sine omni ratione. Dederunt jam ante nos alii operam, ut existimationem eorum, qui carnificibus aliisque notatis familiariter utuntur, a voculis hominum vindicarent, inter quos sunt *Bergerus diss. de Levis notæ macula* §. 9. 10. 12. *&* *Strykius in Usu moderno tit. de his qui not. inf.* §. 4. Quodsi igitur horum existimatio salva est, magis adhuc ineptiunt, qui quem ob contrectationem instrumentorum, aut rerum ad carnifices pertinentium maculatum credunt. Atque tamen sunt, qui ægre se ab hac persuasione abduci patiuntur. Non iniucundum erit, responsum JCtorum Vitembergensium mense Septembri anni CIↃ IↃ CCIX. super eiusmodi quæstione exaratum hic annectere: Hat der Abdecker zu B. ausgesaget, daß, als er vor einiger Zeit von Morna nach Hause gefahren, der Hund, welchen er bey sich gehabt, eine von denen in dem Mornischen Felde gewesenen Gänsen erwürget, welche er, der Abdecker, auf den Karn geworfen, da ihm denn der Mornische Edelmann betrunken nachgefolget, welcher mit ihm Schlägerey unter freyen Himmel angefangen, ja gar aus Trunkenheit und Boßheit den Karn vor seinem Pferde bis nach seinem Hofe getrieben, allwo ihn der Abdecker stehen lassen und davon gegangen, bis sein Meister solchen wieder loß gebeten. Begehret also der Herr Nachricht, ob der von Morna deshalben von der übrigen Noblesse für infam gehalten, und aus ihrem Corpore ausgestossen werden könne. Wiewol nun der von Morna sich allerdings etwas vergangen; Dieweil aber dennoch dessen factum nicht eben pro famoso oder turpi zu halten, gestalt er sich durch Schlagung des Abdeckers und Forttreibung des Karrens und Pferdes seiner Handthirung gantz nicht theil-

haftig gemachet, auch die blosse Berührung der denen Abdeckern und Scharfrichtern zustehenden Sachen und Instrumenten, ja selbst der Umgang mit solchen Leuten, niemand unehrlich machen oder beflecken kann; so ist die Noblesse, wenn gleich der von Morna der angegebenen Umstände überzeuget würde, ihn deshalben für unehrlich, oder auch pro levi macula notato zu halten, auszustossen, oder mit einiger Strafe zu belegen nicht befugt. Iidem JCti apud *Zieglerum de Juribus maiestatis lib.* 1. *cap.* 29. §. 20. a levis notæ macula liberarunt judicem, qui veneficii reum equuleo impositum contrectarat, & tortoribus obnitentem manu repulerat. Minus adhuc reprehendi poterat senator ille, qui partem baculi a judice in pronunciatione sententiæ capitalis de more fracti, ante pedes suos projectam sustulerat. Atque tamen hunc reliquus senatus propterea ab officio suspendit, dignus ipse, qui ob levitatem istiusmodi judicii puniretur. Mireris interim *Harprechtum*, quem super facto suo consulit senatus, non solum id non improbasse, sed etiam senatorem illum, quod contra gravitatem muneri suo annexam peccasset, ad mulctam solvendam damnasse. Vide eius *Consultationes criminales & civiles consil.* 15. Sed solent interdum JCti in gratiam eorum, a quibus consuluntur, respondere.

IIX.

Levis notæ macula notatus admittitur quidem ad testimonium, sed non est omni exceptione maior.

IX.

Potest tamen judex, si aliæ verosimiles circumstantiæ concurrant, plenam ei fidem habere.

Testem vilem & levis notæ macula notatum aliqui prorsus repellunt cum *Oldrado de Ponte Consil.* 192. aliqui simpliciter admittunt cum *Carpzovio P.* 1. *C.* 16. *def.* 71. Nobis

Nobis vero magis placet *Farinacii de Testibus Quaest.* 57. *n.* 61. sententia asserentis, vilem conditionem & maculam testem non inhabilem prorsus facere, fidem tamen eius imminuere. Breviter: audiendus est, sed, quantum ei credendum sit, arbitrio judicis committitur secundum *l.* 3. *pr. de Testibus.* Atque ita JCti Vitembergenses mense Septembri anni CIↃ IↃ CC IX. responderunt: Verlanget der Herr zu wissen, ob der Abdecker, Friedrich Peltzer, wider den von Morna zum Eyde und Aussage zuzulassen sey? Ob nun wohl ein Abdecker seiner Handthierung halber für infam nicht zu halten, demnach zu Ablegung eines Zeugnisses wider einen andern billig zugelassen wird; Dennoch aber und dieweil ein Abdecker gleichwol persona levis notæ macula notata ist, dergleichen Leute Zeugniß aber, ob zwar nicht ganz verwerflich, doch also beschaffen, daß ein Richter bey andern darzu kommenden Umständen von solchem gar wol abgehen mag ꝛc. Contra JCti Helmstadienses mense Decembri anni CIↃ IↃ CCXVI. testibus levis notæ macula notatis, quum verosimiles circumstantiæ concurrerent, plenam fidem habuerunt: Inquisitin wird beschuldiget, daß sie ihr unehliches Kind auf des Denuncianten Meyers Nahmen taufen lassen, denselben auch hin und wieder als den Vater von solchem Kinde diffamiret, und falsche Briefe, worinnen er ihr 50. Rthlr. versprochen haben soll, vorgezeiget. Ob nun wol Inquisitin solches beständig läugnet, diesemnach und, da ohne des die beyden gegen sie abgehörten Zeugen, der Scharfrichter und dessen Frau, nicht eben omni exceptioni maiores seynd, es das Ansehen gewinnet, ob wäre Inquisitin entweder schlechterdinges, oder, da ja ein indicium wider sie übrig bliebe, nach abgelegten Reinigungs-Eyd los zu sprechen gewesen; Alldieweil aber der Scharfrichter und Scharfrichterin die Inquisitin bey sich im Hause gehabt und ihr Freundschaft erwiesen, folglich, daß sie dieselbe fälschlich beschuldigen wollen, nicht zu vermuthen ist, ferner der persona-

rum levium Zeugniß von einigen Rechtslehrern ohne Ausnahme zugelassen wird, also in gegenwärtigem Procefs bey obangeführtem Umstande um desto weniger verworfen werden mag, bey welcher Bewandniß, und da diese beyde Zeugen, daß Inquisitin Meyern zum Vater ihres Kindes angegeben, aussagen, selbige dieserwegen vor überwiesen zu achten ist; So haben wir dieselbe mit einer Strafe von 8. Tagen Gefängniß beleget, und zur öffentlichen Erklärung, daß die von ihr dem N. N. Meyer aufgebürdete Bezüchtigungen falsch, auch zu Erstattung der Unkosten condemnirt.

COROLLARIA.

1 Princeps adultero vel alii infami, quem sciens in collegium consiliariorum cooptat, famam tacite restituit.

2 Ob crimen famosum condemnatus infamis hodie fit, tametsi judex nullam infamiæ in sententia fecerit mentionem. Dissentit *Schilter. Ex. ad ff. 10. §. 35. & 36.*

3 Liberi ex sordidis parentibus nati levis notæ macula notati sunt, etsi paternum vitæ genus non sequantur. Vide *tit. C. de Murilegulis & Ord. Polit. Imperii de anno 1577. tit 38.* Dissentit *Schoepffer in Synopsi Juris lib. 3. tit. 2. n. 5.*

SPECIMEN LIII.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. III. TIT. I.

DE

PROCVRATORIBVS

PVBLICE DEFENSVM

A

HERMANNO LVDOVICO WERLHOFIO,

HELMSTADIENSI.

D. XXII. JVNII ANNI CIϽ IϽ CCXVI.

I. *In*

I.

In judiciis militaribus & aliis, quæ procuratores alias non admittunt, si quæ tamen causa maioris momenti ventiletur, procurator non debet repelli.

II.

In causis modicis quilibet judex advocatos & procuratores arcere potest.

unt quædam judicia, in quibus recepto vetusto more litigantes ipsi comparere debent, nec procuratores aut advocati, nomine illorum verba facturi, admittantur, optimo consilio, ne scilicet causæ, quæ in iis judiciis brevissimo semper tempore expediri debebant, facundia aut potius loquentia istorum causidicorum in longum extrahantur, atque miselli clientes argento, quo ad necessarios usus indigent, emungantur. In academicis judiciis hoc maxime usu venit. Repelluntur ibi advocati & procuratores, ac, quibus lis est, causam ipsi præsentes orare jubentur. Quin imo unicuique judici licebit, in causis modicis arcere procuratores. Nec licet solum, sed incumbit etiam, ut arceant, siquidem justi & æqui studiosi esse velint. Vide modo *Novellam* 17. *cap.* 3. Dici enim non potest, quam sæpe causæ levissimæ, quæ vix unius horæ cognitionem merentur, ambagibus procuratorum in multos annos extrahantur, & litigantes maioribus sumtibus, quam rei litigiosæ æstimatio est, onerentur. Non ita diu acta ad JCtos Helmstadienses mittebantur, quibus rei vindicatio super uno ansere instituta continebatur. Sed hæc longis advocatorum scriptis, operoso testium examine, variisque contra decreta judicis interpositis remediis ita excreverant, tantosque sumtus extorserant, ut unus ex litigantibus se hoc judicio ad

ad incitas redactum quereretur. Quæ cum ita sint, non possum non laudare prudentiam præfecti cuiusdam, viri antiquis moribus & integerrima fide præditi. Is, ut ex Filio eius, amico meo, accepi, procuratorem, si quem rustici curæ eius commissi ad judicium adducunt, aditu prohibet, causamque sine oratore audit breviter, atque confestim decidit. Fuere quidem ex advocatorum ordine, qui repulsa hac iniuriam sibi factam rati apud Proceres Hannoveranos, quibus ille subiectus est, de duritia eius conquererentur. Sed evocatus in aulam rationes instituti sui ita reddidit, ut absolutus & collaudatus recesserit. Quam vellem, ut exemplum eius imitarentur magistratus alii, qui contraria prorsus ratione utuntur, & exigui, quod ex multitudine & diuturnitate litium sperant, lucelli cupidine ducti procuratores in levissimis etiam causis admittunt, horumque ope controversiam, quæ uno die terminari poterat, in aliquot menses & annos cum emolumento suo producunt. Verum, uti dixi, aliqua judicia hunc morem servant, ut omnes fere ab illis advocati & procuratores excludantur, inter quæ etiam est judicium militare. Equidem Romanos in causis militaribus advocatos & procuratores admisisse, vel ex eo verosimile est, quod teste *Floro lib.* 4. *cap.* 12. castra Quintilii Vari in Germania cum exercitu cæsi etiam causarum patroni secuti sunt. Verum Germani nostri eos non tolerant facile. Unde & *Ludovici* im Kriegs-Proceß *cap.* 10. §. 5. judices ait militares iniquo animo ferre advocatos. Interim negandum non est, hic sæpe in contrariam partem peccari, dum promiscue in causis etiam gravioribus advocati & procuratores repelluntur atque clientes, quorum salus sæpe ex istiusmodi lite pendet, indefensi nec consiliis instructi in justa quoque causa, quam exponere ipsi ob imperitiam satis nequeunt, succumbunt. Quamobrem in huiusmodi arduis negotiis debent judices academici

demici, militares aliique admittere procuratores & advocatos. Atque ita responderunt JCti Helmstadienses mense Maio anni CIƆ IƆ CCXIV. Fällt Zweifel vor, ob dem Officier nicht frey stehe, einen Rechtsgelehrten in dieser Sache zu consuliren. Nun ist zwar bekannt, daß in denen vor dem Krieges-Gerichte anhängigen Sachen auf das kürzeste und geschwindeste verfahren, und zu Verhütung aller Weitläufftigkeit keine Advocaten leichtlich zugelassen werden. Weil aber gegenwärtige Sache eigentlich die Krieges-Disciplin nicht betrifft, sondern ein civil Casus und darzu von grosser Weitläufftigkeit und Wichtigkeit ist, woran des Officiers und der Seinigen gantze Wohlfahrt hänget, im übrigen auch dem größten Uebelthäter nicht versaget wird, sich des Beystandes eines Rechtsgelehrten zu bedienen; So erscheinet dannenher, daß dem Officier gleichfalls frey stehe, in gegenwärtiger Sache einen Rechtsgelehrten zu consuliren.

III.

Sola instrumentorum ad causam pertinentium productio procuratorem plene non legitimat.

Quousque possessio & oblatio documentorum, in quibus præsens causa fundata est, ad legitimationem procuratoris sufficiat, acriter sæpe in foro disputatur. Nec ipsi DD. consentiunt. Aliqui *cum Lauterbachio de Procuratore in rem suam* §. 41. prorsus negant, ex possessione instrumentorum præsumtionem mandati oriri. Alii contra cum *Brunnemanno ad L. 1. C. de Procuratoribus* præsumunt hoc casu mandatum, ideoque possessorem instrumentorum, si modo cautionem de rato præstet, admittunt. At utraque sententia multum dubii habet. Illis enim, qui prorsus talem procuratorem repellunt, graviter obstat *c. 34. X. de Officio & pot. jud. deleg.* Hi autem, qui eum admittunt simpliciter, securitati adversæ partis, cui post longum

tempus lis de nova a domino causæ intentari potest, non satis consulunt. Igitur perplacet mihi temperamentum, quo Ordines Imperii *in Constitutione judicii cameralis P.* 1. *Tit.* 21. §. 2. utuntur. Illi scilicet possessorem instrumentorum admittunt quidem cum cautione rati, sed ab initio saltem litis, & sub conditione, ut in progressu eius expressum & legale mandatum exhibeatur. Quæ lex in aliis quoque judiciis servanda est. Et propter eam JCti Vitembergenses reum ex instrumento liquidissimo conventum noluerunt tamen prius condemnare, quam procurator mandatum creditoris exhibuisset. Sic enim mense Aprili anni CIↃ IↃ CC X. nomine Ducis Megapolitani pronunciarunt: Würde Kläger sich anderer Gestalt und besser, als geschehen, legitimiren, immassen ihm vor allen Dingen zu thun oblieget, so ist Beklagter, seines Vorwendens ungeachtet, demselben die libellirten 40 species Ducaten und 39 Reichsthaler nebst dem aufgelaufenen Interesse und verursachten Unkosten zu bezahlen schuldig. Cui sententiæ has subiecerunt rationes: Es hat Kläger aus einem von Beklagtem ausgestellten Wechsel-Brief Klage erhoben, und, weil Beklagter solchen gebührend recognosciret, denselben alsofort zu condemniren gebeten. Alldieweil aber niemand aus einer auf einen andern gerichteten Schuldverschreibung in dessen Namen Klage erheben oder Zahlung fordern kan, daferne er nicht vorhero, daß solches mit des Gläubigers Willen und Geheiß geschehe, sattsam beybringet, gestalt denn hierzu die Producirung der in Händen habenden Obligation nicht genug ist, sondern eine deutliche Vollmacht erfodert wird, woran es aber allhier an Seiten Klägers ermangelt; So haben wir selbigem zuvoderst bessere Legitimation auferleget, nach deren Erfolg aber Beklagten plene condemniret.

IV.

In causis matrimonialibus procurator admittitur.

V. *In*

V.

In causa stupri vel adulterii, si civiliter agatur, procurator repelli nequit.

Nescio, qui fiat, ut omnes fere DD. qui de processu scripserunt, uno ore, in causis matrimonialibus procuratorem repelli, affirment. Nihil falsius esse, praxis Consistoriorum procuratores in disceptationibus de matrimonio quotidie admittentium ostendit. Itaque jam diu *Bergerus in Electis Processus matrim.* §. 16. hanc doctrinam de solo primo termino intelligendam esse, ostendit. Quin imo & in primo termino procurator admittetur. Primus scilicet terminus tentandæ transactionis & compositionis causa indicitur, simul vero in casum, quo illa effectum non sortiatur, partes jura sua deducere invicem, mit einander zu verfahren, jubentur. In principio igitur termini inter ipsos litigantes tentatur conciliatio atque procuratores exire coguntur, ne suggestionibus suis spem concordiæ turbent. At postquam hæc spes evanuit, admittuntur confestim libellum repetituri, exceptiones propositiuri & reliquum processum ad finem perducturi. Quæ cum ita sint, minus dubitandum est, causas stupri, in quibus minus principaliter de matrimonio agitur, nec non adulterii, si quidem civiliter tractentur, per procuratores peragi posse. Vide *Cap. 5. X. de Procuratoribus.* Dubitatum tamen de eo aliquando fuisse recordor, possetne mulier, quæ stupratam se ab alieno marito dicebat, atque, ut adulter infantem aleret, sibique de cetero satisfaceret petebat, per procuratorem comparere. Quod JCti Vitembergenses ipsi indulserunt, atque sic mense Januario anni CIↃ IↃ CCXII. responderunt: Wird ein Ehemann, Namens Fiedler, von der Görsin, einer Wittwe, Ehebruchs beschuldiget, da denn derselbe Bericht verlanget, ob die Görsin sich in dessen Gerichten persönlich

zu stellen und die Schwängerung zu erweisen angehalten werden könne; Wenn nun gleich in Ehebruchs-Sachen ein Uebelthäter in denen Gerichten sich zu stellen und mündlich verhören zu lassen schuldig ist; Dennoch aber und dieweil der Kläger, so aus einem delicto wider den andern bürgerlich und ad satisfactionem privatam klaget, gar wohl durch einen Bevollmächtigten erscheinen, und den Proceß fortsetzen kan; So mag die Görsin sich in des Herrn Gerichten persönlich zu stellen nicht angehalten, noch, da sie in Zukunft ferner durch ihren Curatorem erscheinen solte, mit ihrem Suchen abgewiesen werden.

VI.

Libellus, in quo liberi rem parentibus suis debitam proprio nomine petunt, tanquam ex præsumto mandato sustinetur.

Illud quidem extra controversiam est, liberos parentum procuratores etiam sine mandato esse, atque eorum nomine actionem vel instituere vel suscipere posse, *L.* 35. *pr. D.* & *L.* 12. *C. de Procurat.* Sed nomine parentum id facere debent, ut alii procuratores. Igitur quæsitum aliquando recordamur, sustinendusne esset libellus, in quo liberi fundum matri suæ debitum suo nomine petierant. Et videbatur quidem ab initio manifeste ineptus ideoque reiiciendus. Sustinuimus tamen. Error quidem haud dubie commissus fuerat. Sed is nec non veritas rei ex actis satis apparebat. Ipsi liberi mentionem matris suæ in libello fecerant, &, quod viveret ea, adiecerant, fundum etiam a patre eius, avo suo, profectum dixerant. Itaque facile erat, corrigere, in quo illi ex rusticitate sua vel advocati potius imperitia peccaverant, & supplere omissum. Officium quippe est judicis, *si quid a litigatoribus, vel ab his, qui negotiis assistunt, minus fuerit dictum, id supplere, & juri publico convenire* secundum *L. un. C. ut quæ desunt advocatis,*

vocatis, cum qua coniunge *c. 6. X. de Judiciis.* Sic ergo respondit Ordo Helmstadiensis mense Junio anni CIƆIƆCCXII. Es ist zwar das Klage-Schreiben sehr unförmlich eingerichtet, indem die Klägere darinnen für sich und in ihrem eigenen Namen die ihrer annoch lebenden Mutter zustehende, und von deren Vater herrührende Zwey Schwad Wiesewachs fodern, auch, den Grund ihrer Klage zu erweisen, obbesagte Mutter, welche doch bey dieser Sache hauptsächlich interessiret ist, und eigentlich Klägers Stelle vertreten solte, zur Zeugin vorschlagen, und sie ad perpetuam rei memoriam abzuhören bitten. Wannenhero es auch das Ansehen gewinnet, ob sey die übergebene Klage als inept zu verwerfen. Alldieweil aber Kinder für ihre Eltern ohne ausdrückliche Vollmacht ex præsumto mandato erscheinen können, hiernächst die dem Libell angehängte Imploratio officii judicis so viel operiret, daß wir die Klage, als ob sie im Namen und von wegen der Mutter angestellet worden, wohl sustiniren können; So seynd wir zwar das Suchen wegen Abhörung der Mutter übergangen, haben aber im übrigen die Klage als gültig paßiren lassen.

VII.

Mandatum præsumitur verum & a domino litis subscriptum.

IIX.

Is, qui negat, mandatum adversus se productum ab ipso domino litis subscriptum esse, non auditur, nisi argumenta & suspiciones in medium afferat.

Non infrequens est ea lis, qua ille, contra quem mandatum in judicio producitur, se negat manum eius, cuius nomen subscriptum est, agnoscere, petitque, ut procurator ad probandum, quod dominus vere id subscripserit, compellatur, Procurator autem probationem contrarii ab illo exigit. Neque res sine dubio est. Nam pro illo adduci

 potest,

poteſt, quod mandata non recipienda ſint, niſi audita altera parte, quod privata ſcriptura ſine agnitione fidem nullam habeat, & quod negantis nulla ſit probatio. Vide *L.* 24. *C. de Procuratoribus.* Nihilominus tamen exiſtimamus, mandato fidem habendam, nec, qui genuinum illud negat, audiendum eſſe, niſi aſſertionem ſuam argumentis aut gravibus ſuſpicionibus ſtabiliat. Mandati enim, quod ab initio litis ad legitimandum procuratorem producitur, alia longe ratio eſt, quam documentorum, quæ totius cauſæ fundamentum ſunt. In his maiore circumſpectione opus, quam in illo. Igitur, etſi facile largiamur *Mevio P.* 3. *dec.* 148. mandatum recipi non debere apud acta, niſi audita altera parte, non tamen nudæ huius dubitationes, quæ fundamentum non habent & ad litem protelandam plerumque excogitantur, admitti debent. Dicat oſtendatque cauſam, ob quam mandatum falſum confictumque putet. Si talem non habet aut demonſtrare non poteſt, deſinat dubitare de integritate & veritate illius, quod vir probatæ fidei & exiſtimationis, hanc enim in procuratore ſupponimus, produxit. Neque eſt, quod dicat, neganti ſibi probationem imponi non poſſe. Non negat quippe ſimpliciter, ſed affirmat ſimul aliquid, falſum ſcilicet, quod a producente commiſſum ſit. Hoc probare, difficile adeo non eſt. Deinde nec probationem exigimus, ſed demonſtrationem ſaltem aliquam & allegationem cauſarum ſuſpicionis ſuæ. Conſentiunt nobiſcum DD. quos enumerat *Maſcardus de Probationibus Concluſ.* 107. *n.* 19. Vide eundem *Concluſ.* 108. *n.* 6. ubi diſcrimen facit inter mandatum ſigillatum ſaltem & ſubſcriptum. Ad illius fidem requirit teſtes, qui ſigilli adpoſitionem viderint, ad hoc vero alia probatione per teſtes aut comparationem literarum opus eſſe negat. Atque hanc ſententiam, quod mandatum præſumatur verum & a domino ſubſcriptum, donec adverſarius contrarium

oſten-

ostenderit, responderunt JCti Helmstadienses mense Octobri anni cIↄ Iↄ cc xII. Was die von Dröllnern ausgestellete Vollmacht betrifft, so meynet zwar Appellant, dieselbe sey annoch von dem ältern und bereits verstorbenen, nicht aber von dem jetzigen unterschrieben. Jedoch weil er dieserwegen nicht den geringsten Grund anführet, klagender Anwald hingegen das Contrarium behauptet, vor diesem auch die Præsumtion ist, daß er kein Falsum begehen werde; So haben wir es bey solcher in Actis befindlichen Vollmacht gelassen.

IX.

Sigillum ab eo, qui scribere nequit, mandato appositum non sufficit, sed necesse, ut ab actuario vel notario publico subscriptio fiat.

X.

Curator mulieris Saxonicæ nomine eius mandata subscribere nequit.

Exhibebatur mense Octobri anni cIↄ Iↄ cc xvI. JCtis Helmstadiensibus mandatum nomine mulieris Saxonicæ, quæ scribere non poterat, a curatore eius subscriptum & sigillo ipsius mulieris munitum. Quærebatur, an sufficeret. Negavimus, quoniam sigillum sine subscriptione vel testium præsentia nihil probat, teste *Mascardo de Probationibus Conclus.* 1c8. *n. 6. & Strykio de Jure Analphabetorum c. 5. n.* 16 *sqq.* curator vero mulieris Saxonicæ tantum instar consiliarii est, atque adeo solus negotia eiusdem expedire nequit. Sed, ais, quid faciendum igitur homini literas nescienti? Facile est remedium, ut scilicet nomen suum vel per actuarium judicii vel per notarium publicum mandato subscribi curet. Præcipiunt hoc *Carpzovius in Processu tit. 5. Art.* 1. *n.* 101. *& Strykius all. loco n.* 15. Igitur sic responsum fuit: Es ist die ausgestellte Vollmacht, da Beklagte,

klagte, daß sie solche selbst unterschrieben, nicht sagen kan, allerdings mangelhaft, und mag weder durch das beygedruckte Petschaft, welches ohne Unterschrift oder Zeugen nichts probiret, noch durch Subscription des Curatoris, der denen Frauen nur an statt eines Consiliarii ist, und ohne ihnen nichts vornehmen kan, nicht gültig gemachet werden, sondern es ist vonnöthen, daß Beklagte entweder selbst, oder, da sie des Schreibens unerfahren, durch einen Notarium die Unterschrift verrichte.

XI.

Ad tacitum mandatum sufficit, quod dominus ab initio cum procuratore comparuit, etsi deinde mox iterum recesserit, & hunc solum in judicio agere passus sit.

XII.

Mandatum tamen tacitum in uno termino datum ad totum processum & ceteros terminos non extenditur.

Exemplum hoc in facto contigit. Quidam in judicium ad expediendum actum maximi momenti sub pœna præclusi vocatus comparuerat cum advocato, sed recesserat confestim, postquam se saltem judici stitisset, seu, ut stylo consueto utar, nachdem er sich angegeben hatte. Post discessum eius relictus advocatus negotium susceperat confeceratque. Quæstio deinde movebatur, valeretne, quod egisset. Negabat adversarius, ratus, actum a procuratore nec mandatum exhibente nec de rato cavente gestum nullum ipso jure esse. Respondebat procurator, se a præsente domino mandatum tacitum accepisse. Sed adversarius, istud mandatum tam diu, quam dominus præsens fuisset, durasse, abitu vero eius exspirasse, affirmabat, urgebatque imprimis *c.* 12. *X. de Procuratoribus*, ubi reus, qui illicentiatus, relicto procuratore, recessit, contumax declaratur. Quibus tamen non obstantibus, JCti Vitembergenses mense

menſe Maio anni CIƆ IƆ CCIX. procuratorem recte poſt diſceſſum domini negotium perfeciſſe; reſponderunt. Ad mandatum enim tacitum non requiritur, ut dominus toti actui interſit, ſed ſufficit, ut ſciat, negotium ſuum geri ab aliquo, ne contradicat, *L. 6. §. 2. Mandati L. 60. de Reg. juris.* Quod vero ad *c. 12. X. de Procuratoribus* attinet, in eo reus non propterea contumax dicitur, quod diſceſſiſſet, & procuratorem reliquiſſet, ſed quod procurator iſte tantum ad agendum, non defendendum, datus in præſenti cauſa plane intervenire non poſſet. Ex quo *c. 12.* tamen id colligitur, procuratorem tacite a præſente domino in uno termino conſtitutum propterea ad totum proceſſum gerendum datum non cenſeri, ſed, ſiquidem in aliis terminis comparere velit, novo mandato opus habere. Sic reſponderunt JCti Helmſtadienſes menſe Decembri anni CIƆ IƆ CCXVI: Oberleuteranten beſchweren ſich darüber, daß ihnen der Beweis, wie ſie dem vor ſie erſchienenen Advocaten keine Vollmacht ertheilet, auferleget worden. Nun haben ſie zwar ſtarke præſumtiones inſonderheit daher wider ſich, daß ſie ſelbſt mit demſelbigen einige mahl im Gerichte erſchienen und ihn dadurch ſattſam bevollmächtiget, bey welcher Bewandniß der ihnen nachgelaſſene Beweis nicht einmahl nöthig zu ſeyn, ſondern vielmehr, daß ſie ſchlechterdinges die facta beſagten Advocatens ratihabiren müſſen, billig ſcheinet. Alldieweil aber derjenige, welcher mit einem Advocaten vor Gerichte kommt, ſolchen zwar zu gegenwärtigem Termin, nicht aber zu der gantzen Sache, noch zu Abwartung anderer Termine auctoriſiret, und denn aus den Actis nicht erſcheinet, daß Oberleuteranten bey Publicirung des am 11. May 1715. gegebenen Beſcheides mit geweſen, hiernächſt die Rechte ausdrücklich, daß die von einem illegitimirten Advocaten unternommene Handlungen nichtig ſeyn ſollen, verordnen, endlich die obangezogene Negativam zu erweiſen faſt unmöglich fallen möchte; So haben wir ꝛc.

XIII.

Procuratoris officium singulari dignitate solvitur.

Modos, quibus officium procuratoris solvitur, passim explicant DD. Nos unum ex L. 8. §. 3. *de Procuratoribus* adjiciemus, quo munus eius ipso jure sine renunciatione tollitur, supervenientem scilicet dignitatem, & talem quidem, quæ cum procuratorio officio stare commode nequit; cuius rei exemplum est, si advocatus vel procurator judicii inter assessores eiusdem recipiatur, aut in consilium Principis cooptetur. Simulac enim hanc dignitatem adipiscitur, desinit esse procurator. Nec dissentiunt a nobis *Gravett. Consil.* 697. *n.* 3. *&* *Martini in Analectis Forensibus tit.* 3. *n.* 103. qui accessioni novi juris, officii & dignitatis priorem conditionem non mutari dicunt. Verum enim hoc est in dignitatibus, quæ simul consistere queunt, non in iis, quæ contrariæ invicem sunt, de quibus intelligendus est *Recessus imperii de anno* 1654. §. 100. ubi procuratoris munus æque mutatione conditionis quam morte exspirare dicitur. Itaque quod juris est post mortem procuratoris, obtinebit etiam, postquam ad dignitatem eiusmodi, quæ cum munere procuratoris coniuncta esse nequit, est evectus.

COROLLARIA.

1 Actoris a tutore vel curatore constituti potestas morte constituentis non exspirat. *Berlich. P. 2. Dec.* 278.

2 Procurator a Prælato vel rectore Ecclesiæ pro Ecclesia constitutus morte constituentis revocatur *Clem. 4. de Procuratoribus.*

3 Procurator honorarium ante finitam litem petere potest.

SPECI-

SPECIMEN LIV.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. III. TIT. IV.
DE
S Y N D I C O
PVBLICE DEFENSVM

AB

ARNOLDO CHRISTIANO ERYTHROPEL,

HANNOVERANO.

D. XXV. JVLII ANNI CIϽ IϽ CCXVI.

I.

Universitas non aliter, quam per confirmationem principis, constituitur.

II.

Possessores confinium agrorum, etsi communi nomine agant, universitas tamen non sunt, nec Syndicum constituere possunt.



Syndicus tantum ab universitate constituitur. Universitas autem esse non potest, nisi a principe confirmetur L. 3. §. 1. *de Collegiis & corporibus* L. 1. *pr. Quod cujusc. univ.* Magistratus inferioris consensus non sufficit, prout recte monet *Bergerus in Oeconomia juris lib.* 1. *tit.* 1. §. 18. *n.* 2. Itaque etsi plures homines conveniant, quos communis utilitas invicem coniungit, hi tamen, si communi nomine agant, non universitas, sed socii saltem & consortes litis erunt. Multum autem inter utrumque interest. Socii enim & consortes non habent ea jura, quæ universitatibus competunt, &, quæ strictim *in Meditatione sequente*, plenius autem infra ad tit.

 de

de Collegiis & Corporibus explicabuntur. Quapropter nec syndicum constituere, nec ad eum constituendum compelli possunt. Ita responderunt JCti Vitembergenses mense Decembri anni cIↃ IↃ CCX. de possessoribus confinium agrorum, qui facta communi causa, contra vicinum, possessionem ipsorum turbantem, actionem instituerant: Es seynd Klägere ihrer zusammenstossenden Aecker halber für eine Innung oder Collegium, dergleichen jederzeit absonderlich aufgerichtet und von der hohen Obrigkeit bestätiget werden muß, nicht zu achten, demnach auch einen Syndicum zu bestellen nicht schuldig.

III.

Discrimen inter universitatem & societatem explicatur.

Diximus modo, non quamlibet societatem aut corpus, licet ex pluribus personis constet, universitatem esse, nisi principis accesserit consensus. Videndum ergo est, in quo uniusmodi societas ab universitate differat. Plura sunt capita. Primum est, quod jam memoravimus, confirmatio principis, quæ in universitate, non etiam societate, est necessaria. Alterum, in quo differunt, est constitutio syndici. Ad hanc compellitur universitas, non etiam socii, qui vel singuli, vel unus duove nomine omnium cum cautione rati comparere possunt *L. 2. C. de Consortibus ejusdem litis.* Quodsi tamen magnus sociorum numerus, hi compelli possunt ad unum procuratorem constituendum, ne actio per plures scissa incommodo afficiat adversarium *l. 5. §. 7. Judicatum solvi.* Manet vero adhuc discrimen inter syndicum & procuratorem huiusmodi. Illius quippe potestas amplior longe est, & ad ea etiam, quæ sine speciali mandato a procuratore peragi nequeunt, extenditur. Tertium discrimen in eo consistit, quod universitas jura pupillorum & minorum habeat, *l. 4. C. de Jure reipublicæ,* & imprimis restitutionis in integrum beneficio gaudeat,

l. 22.

l. 22. §. 2. *D.* & *l.* 4. *C. Quibus ex caufis majores*, focietas non item. Differunt deinde quarto, quod focietas morte vel difceffu etiam unius focii folvatur, non etiam univerfitas, quæ, exftincta licet maxima parte, in una perfona confervatur *l.* 7. §. 2. *Quod cujusc. univ.* Differunt porro quinto, quod negotia univerfitatis per maiora vota conficiantur, in negotiis focietatis omnium confenfu opus, & unius etiam prohibentis potior caufa fit *l.* 28. *Communi dividundo.* Tum fexto differunt, quod, cum univerfitas in jus vocatur, directoribus eiusdem citationem infinuari fufficiat, ex focietate autem finguli citari debeant, tefte *Bergero in Oecon. jur. l.* 1. *tit.* 2. §. 8. *n.* 13. *p.* 55. Tandem feptimo & in eo differunt, quod jusiurandum, fi focietati deferatur, a fingulis fociis, fi univerfitati, a fenioribus faltem præftandum fit *l.* 97. *de condit. & demonftr.* Addunt alii plura difcrimina, uti, quod univerfitas arcam communem, item jus condendi ftatuta habeat. Verum idem & focietati licet, ut & pecuniam in communes ufus conferre & pacta de rebus ad focietatem pertinentibus, quæ vim ftatutorum habebunt, inire poffit.

IV.

Electio Syndici, ad quam unum collegii membrum vocatum non fuit, nulla eft.

V.

Electio Syndici legitime facta præfumitur.

VI.

Ceffat præfumtio hæc & collegium ad probationem adigitur, fi unum ex membris neget, fe vocatum fuiffe.

Ad electionem syndici rite celebrandam necessarium est, ut omnia collegii, quod eligit, membra fuerint convocata. Quando vero aliqua eorum omittuntur, nulla est electio, atque ab iis, qui omissi sunt, juste retractatur, *c.* 35. *dist.* 63. *c.* 28. *pr. X. Electione.* Nec irrita solum electio est tum, cum plura membra in convocatione omittuntur, sed &, cum unum saltem, licet inferius, quia secundum Innocentium III. Pontificem in *c.* 34. *X. de Electione* electioni plus contemtus unius, quam contradictio multorum, obsistit. Quodsi vero convocatio ista in dubium vocetur, quæritur, an tum eligentes, qui omnia legitime peracta dicunt, hoc ipsum probare debeant. Videtur pro hac sententia facere, quod affirmanti probatio incumbat. Sed, cum instrumenta præsumtionem veritatis, integritatis & solemnitatis pro se habeant, *L.* 14. *C. de Contrah. & committ. stip.* eandem certe fidem actus toto corpore gesti & documenta desuper confecta habebunt. Adde ea, quæ de mandato procuratorio in *præcedente Specimine LIII. Meditatione VII.* diximus. Nec quidquam nobis obest, quod negantis per rerum naturam probatio non sit. Is enim, qui in electione membra quædam præterita fuisse dicit, non negat, sed affirmat potius. Consentit nobiscum *Lauterbachius in diss. de Syndicis*, §. 77. Hoc tamen tunc saltem verum est, cum instrumentum syndicatus ab extraneo impugnatur. Nam si collega se vocatum neget, atque propterea electionem nullam dicat, huic neganti probatio imponi nequit, sed ceteris collegii membris necessitas imponetur ostendendi, electionem ipso vocato legitime fuisse peractam. Idem est, si extraneus breve saltem testatum unius collegæ, quo se neglectum conqueritur, afferat. Per hoc enim præsumtionem, quæ pro integritate electionis est, sic elidet, ut jam necesse futurum sit collegio, illam probare. Quem in modum JCti Vitembergenses

mense

menſe Auguſto anni CIↃ IↃ CC XI. reſponderunt: Ob wol Klägere ein mit dem Raths-Insiegel bedrucktes Syndicat ad acta gebracht, dergleichen Instrument aber ſo lange præſumtionem veritatis und ſolemnitatis, bis das Widerspiel klärlich dargethan, vor sich hat, diesemnach es das Ansehen gewinnet, als ob Beklagter mit der Exceptione illegitimationis entweder abzuweisen oder die Unrichtigkeit besagten Syndicats besser darzuthun, anzuhalten sey; Alldieweil aber zu Aufrichtung eines Syndicats alle und jede membra des Collegii geladen und berufen werden müssen, und aber in dem fol. 21. befindlichen Atteſtat unterschiedene Raths-Verwandte, daß sie von diesem Syndicat gar nichts wissen, vorgeben, wodurch denn dessen fides sehr zweifelhaft gemacht wird; So haben wir Klägern die Bescheinigung ihres Vorgebens, daß nemlich alle Raths-Membra zugegen gewesen, auferleget.

VII.

Inſtrumentum ſyndicatus non ab omnibus univerſitatis membris, ſed tamen a duabus tertiis partibus eorum ſubſcribi debet.

Convocari debent ad Syndici electionem collegæ omnes, ſed non comparere. Nulla enim abſentium ratio habetur. Ne tamen electio per infrequentiam, ut *Livii* verbo utar, peragatur, providentiſſime conſtitutum eſt, ut minimum duæ tertiæ partes collegii præſentes in electione ſint *l. 3. de Decretis ab ord. fac. l. 3. Quod cujuscunque univerſitatis.* Ex quo porro conſequitur, validum eſſe inſtrumentum ſyndicatus, etſi non ab omnibus univerſitatis membris ſubſcriptum, dummodo duarum tertiarum partium nomina in eo compareant. Et ita JCti Vitembergenſes menſe Januario anni CIↃ IↃ CC X. reſponderunt: Bey dem neuen von Klägern ad acta gebrachten Syndicat findet Beklagter sonderlich dieses auszusetzen, daß ein Theil derjenigen, so doch bey Aufrichtung des ersteren Syndicats gegenwärtig gewesen,

wesen, bey dem jeßigen aussen blieben. Dieweil aber gleichwol von denen bey dem ersteren Syndicat gegenwärtig gewesenen 114. Personen anjetzo 79. und also über zwey Drittheile sich eingefunden; So ist solches neue Syndicat für genugsam gehalten worden.

IIX.

Ad syndici constitutionem sufficit mandatum tacitum.

Dubitatum fuit aliquando, an syndicus mandato universitatis tacito constitui posset. Qui negabant, ad communem Doctorum consensum provocabant, in legitimatione syndici præcise instrumentum syndicatus requirentium, & omnia, quæ sine eo geruntur, nulla declarantium. Verum cum syndici instar procuratorum sint, *l.* 6. §. 3. *quod cujusc. univ.* in procuratoribus vero tacitum mandatum sine dubio sufficiat, *l.* 6. §. 2. *Mandati*, JCti Helmstadienses mense Martio anni CIↃ IↃ CC XIII. responderunt, pro syndico habendum esse, qui pro præsente universitate verba fecerat, tametsi mandatum non exhibuisset: Ob wol in denen Actis nicht befindlich, wie die Gemeinde D. Sacern zum Syndico bestellet, so ist doch nicht zu zweifeln, daß D. Sacer der Gemeinde warhaftiger Syndicus gewesen, da er in deren Gegenwart ihre Nothdurft vorgestellet, also per præsentiam und patientiam eine stillschweigende Vollmacht erhalten.

IX.

Syndicus universitatis ordinarius necesse non habet, ut ad singulas causas se legitimet, nisi adversarius qualitatem eius plane in dubium vocet.

X.

Syndicus generalis ad omnes, etiam futuras, lites constitutus videtur.

Duo

Duo hic asserimus. Quod ad primum, dissentit a nobis *Lauterbachius de Syndicis* §. 86. asserens, syndicum ad omnes etiam futuras universitatis causas uno generali mandato constitutum, debere tamen ad unam quamque causam peculiare mandatum exhibere, vel generalis mandati exemplar in singulis causis producere. Quod ad alterum, negat *Bartolus ad l.* 18. §. *Si is qui D. de Damno inf. n.* 2. eum, qui simpliciter constitutus est ad causas, futuras causas, de quibus tempore constitutionis cogitatum non fuit, suscipere posse. At JCti Vitembergenses utrumque affirmarunt, in casu, quo syndicus capituli, qui hoc officium indubie sustinebat, actionem instituerat, adversarius vero eum, ut mandatum speciale ad hanc causam proferret, urgebat. Noluerunt scilicet illi hanc necessitatem imponere dicti JCti. Namque primum constabat omnibus, & ipse etiam adversarius fatebatur, eum syndicum capituli ordinarium esse. Talis vero qui est, non opus habet ad singulas causas peculiari mandato. Ipsum enim illud, quod sustinet, publicum syndici munus potestatem agendi & respondendi de omnibus causis complectitur *c.* 9. *X. de Procuratoribus. Strykius in Usu mod. tit. Quod cujusc. univ.* §. 7. Deinde etsi objiceretur, eum generaliter initio suscepti muneris constitutum ad futuras lites, de quibus tempore constitutionis cogitatum non fuit, datum non intelligi; attamen contrarium verius est ex præsumta voluntate constituentium, quos utique, dum generaliter locuti sunt, & de futuris litibus cogitasse verosimile est *c.* 9. *X. de Procuratoribus* arg. *l.* 9. *C. Quæ res pignori.* Quæ sententia & usu recepta est, testibus Paulo in L. 6. §. 1. *Quod cujusc. universitatis*, *Thesauro Decisione* 59. *Berlichio P.* 1. *Conclus.* 14. *n.* 99. Sic itaque responsum fuit mense Novembri anni CIↃ IↃ CCXI: Es seynd die von Beklagten vorgeschützte Exceptiones dilatoriæ von keiner Erheblichkeit, gestalt die Exceptio

 illegi-

illegitimationis dadurch, daß Beklagter Klägern selbst pro Syndico generali capituli erkennet, hinwegfället, indem bekanten Rechtens, daß ein Syndicus generalis auch futuros processus universitatis übernehmen und vertreten kan. Aliud tamen dicendum fuerit, si adversarius vel prorsus negat, vel saltem in dubium vocet constitutionem syndici. Tunc enim, etsi syndicus notorium hoc dicat, productionem tamen syndicatus sui detrectare non poterit. Ita visum fuit JCtis Helmstadiensibus mense Septembri anni CIƆ IƆ CCXV: Vor allen Dingen ist nöthig, daß der Klägere angegebener Syndicus sich gebührend legitimire. Denn da Beklagter solche seine Qualität in Zweifel ziehet, so mag jenem die vorgeschützte Notorietät nicht zu statten kommen, sondern er muß glaubwürdige Nachricht hiervon ad acta bringen.

XI.

Syndicus, generaliter constitutus, actus, speciale mandatum alias requirentes, qualis est transactio, renunciatio, recte expedit, nisi aperte in detrimentum universitatis tendant.

XII.

Syndicus magis cum tutore & curatore, quam cum procuratore, est comparandus.

Nulla est inter omnes, quas in hoc Specimine proposuimus, assertio dubia magis & controversa, quam hæc XI. Ipse, antequam eam amplecterer, diu multumque hæsitavi. Sed amplexus sum tamen. Equidem non ignoro, quam sint multi, qui contrarium tueantur. Verum auctoritas sola me non movet. Nec nego argumentum, quod a procuratore desumunt, satis firmum videri. At, quæ contra afferuntur, longe firmiora sunt. Scilicet etsi syndici cum procuratoribus in multis rebus conveniant, differunt tamen etiam ab iisdem. Nempe si rem recte excutimus,

cutimus, quemadmodum universitas jura pupillorum & minorum habet, ita quoque syndici earundem magis tutorum & curatorum, quam procuratorum, vicem sustinent. Tutores vero & curatores actus speciale mandatum requirentes vi officii sui gerunt, *l.* 54. §. 5. *l.* 56. §. 4. *de Furtis l.* 35. *pr. de Jurejurando*, ergo & syndici. Deinde in *l.* 12. *C. de Transactionibus* transactio, quæ sine dubio speciale mandatum requirit, ab administratoribus civitatis, quibus quodammodo annumerari possunt syndici, inita confirmatur. Porro ex doctrina *Carpzovii decis.* 28. *n.* 14. syndici maiorem longe fidem merentur, quam procuratores. Denique non desunt, qui nobiscum sentiant, ex quibus in præsens *Gailium* 2. *O.* 72. *n.* 11. *Losseum de Jure univ. P.* 1. *c.* 3. *n.* 109. & *Zahnium in Politia municipali l.* 2. *c.* 23. *n.* 34. nominabimus. Quibus rationibus moti JCti Helmstadienses mense Septembri anni CIↃ IↃ CC XV. posse syndicum, etsi specialiter ad hoc non instructum, beneficio appellationis renunciare, responderunt: Daß Beklagter fodert, es solle dem Syndicat potestas renunciandi appellationi einverleibet seyn, solches haben wir nicht vor nothwendig geachtet, indem ein in genere bestellter Syndicus Kraft seines Amtes alle actus, welche sonst bey einem ordentlichen procuratore eine speciale Vollmacht erfodern, verrichten, folglich auch transigiren und renunciiren kann. Id tamen facile concesserim *Zahnio loco supra dicto*, syndicum donare & liquidum debitum remittere non posse, quippe quod nec tutoribus, a quibus argumentum ad syndicos in plerisque capitibus trahendum est, licet L. 46. §. 7. *de Admin. & peric. tut.*

XIII.

Syndici officium morte constituentium, dummodo ipsa universitas perduret, non exspirat.

Secus videtur *Rivino*, qui in *Enunciatis juris tit.* 7. §. 31. *Si maxima*, inquit, *universitatis pars vita defuncta fuit, novo syndicatus instrumento opus est*. Hæc ille, nulla, ut solet, lege, nulla ratione, nulloque testimonio auctoris allato. Diu igitur quæsivimus, cui fundamento singularis hæc & communi prorsus contraria opinio inniti posset, donec tandem in *Carpzovium* incidimus, atque hunc præivisse & auctoritate sua *Rivinum* in partes suas pertraxisse animadvertimus. Similia enim ille in *P.* 1. *c.* 13. *def.* 10. habet. Argumentum, quo pro stabilienda assertione sua utitur, tam leve est, ut per se concidat. Ait nempe, ideo, quod maior pars universitatem repræsentet, exstincta ea parte, mandatum cessare. Verum enim vero syndicus non maioris partis, sed integri collegii mandatarius est. Cum igitur collegium ipsum, exstincta licet maiore parte, perduret tamen, perdurat etiam officium syndici, nec nisi cum interitu totius universitatis interit. Vide L. 7. §. 2. *Quod cujusc. univ.* Quamobrem non solum, cum *Esbachio ad dictum Carpzovii locum* aliisque ab eo *ibidem* memoratis, Carpzovio & Rivino contradicimus, sed præterea asserimus, omnibus licet his, qui syndicum constituerunt, exstinctis, manere tamen syndicum, donec a successoribus revocetur. Confirmat hanc sententiam nostram Alfenus in L. 76. *de Judiciis*: *Respondi*, inquiens, *non modo, si unus, aut alter, sed & si omnes judices mutati essent, tamen & rem eandem, judicium idem, quod antea fuisset, permanere*.

XIV.

Quod ad jus proedriæ, syndicus civitatis consules quidem sequitur, reliquos autem senatores antecedit.

Qualis locus polygrapho, dem Stadtschreiber, inter senatores assignandus sit, dubitatum aliquando fuit. Senatores eum sibi omnibus postponere conabantur, rati, com-

communem illum ministrum esse, atque adeo non sine summa impudentia locum præ dominis & patronis sibi vindicare posse. At JCti Helmstadienses litem secundum polygraphum dederunt, hac potissimum ratione moti, quod is syndici simul partes sustineret, syndico vero, cuius munus maxime honorificum est, in omnibus fere civitatibus præcipuus inter senatores locus assignetur. Et si vel maxime dicas, syndicum etiam quodammodo ministrum senatus esse, consuetudine tamen, ut recte monet *Hornius de Jure proedriæ Dec.* 1. *quæst.* 8. induci etiam potest, ut simplex minister senatus senatores præcedat. Quare sic mense Julio anni CIↃ IↃ CC XVI. concepimus sententiam: In Sachen G. W Klägers an einem, wider J. G. A. und die übrigen Raths-Cämmerer zu C. Beklagte am andern Theil erkennet die Fürstliche Anhaltische Regierung zu Zerbst vor Recht: Daß Klägern der Rang vor Beklagte allerdinges zustehe, folglich diese ihm solchen ohne Widerspruch zu lassen, auch alle durch gegenwärtigen Procefs verursachte Unkosten, nach vorhergehender deren Liquidation und unserer Ermäßigung, zu erstatten schuldig. V. R. W. Cui sententiæ has subiecimus rationes: Ob wohl Beklagte zu Bahauptung ihres Ranges über Klägern anführen, es sey der Stadtschreiber nur ein Diener des Raths, und müsse folglich unter dessen Glieder, als seine Vorgesetzten, gehen, so gebe auch daß Studiren niemanden ein Vorrecht für andere Ungelehrte, wenn diese eine höhere Ehrenstelle bekleiden, zudem sey Klägers Gelehrsamkeit nicht eben omni exceptione maior, ferner, da sich ja selbiger eines Vorsitzes angemasset, wäre von ihnen jederzeit dagegen protestiret worden, endlich sey das Zeugniß der Herren Prediger und des sogenanten Locatoris theils unbeschworen und also ungültig, theils handele es von solchen actibus, worinnen Klägern als Worthaltern und Vorschneidern nothwendig eine höhere Stelle eingeräumet werden müssen; aus welchen und andern Umständen es das Ansehen gewinnet, ob

ob hätte vor Beklagte gesprochen werden sollen; Alldieweil aber Kläger, nach dem fast in allen kleinen Städten üblichen Gebrauch, nebst der Stelle des Stadtschreibers auch daß Amt des Syndici, ob er gleich den Nahmen nicht hat, vertritt, und nach der Beklagten eigenen Geständniß bey öffentlichen Solennitäten das Wort führet, und denen Cämmerern alsdenn unstreitig vorgehet, hiernächst auch ein blosser Stadtschreiber durch die Gewohnheit die Præcedenz über die würcklichen Raths-Glieder adquiriren kann, wie solches Hornius de jure proedriæ Dec. 1. Quæst. 8. ob er gleich sonst denen Stadtschreibern daselbst zuwider ist, nebst denen JCtis Vitembergensibus zugestehet, und dann Kläger dreyer Geistlichen auch eines andern ehrlichen Mannes, der zumahl bey Location der Leute auf Hochzeiten ꝛc. sich gebrauchen lässet, zwar unbeschwohrnes aber wegen Anzahl und Beschaffenheit der attestirenden Personen nicht gantz ungültiges Zeugniß vor sich hat, welches um so viel destomehr in Betrachtung gezogen werden muß, da Beklagte selbst einige Actus einräumen, und sich sonderlich wegen des Vorganges bey der præsentation, nur mit einer nichtigen, und wie oben angeführet, zu Klägers Vortheil gereichten Antwort, daß er nemlich die Reden im Namen des Raths gehalten, zu vertheidigen suchen, immassen auch die von ihnen in der Kirche eingewendete Protestation bey andern Actibus, welche sie der Zeugen Bericht nach ohne Contradiction geschehen lassen, ihnen nicht zu statten kommen mag; Diesemnach und da Kläger so wol die jura possessorii als petitorii vor sich hat, so haben wir nicht wol anders, als vor ihn, sprechen, auch Beklagte als temerarios litigantes zu Erstattung der Unkosten condemniren können.

COROLLARIA.

1 Quod ad subscriptionem instrumenti syndicatus attinet, distinguendum est inter universitates, quæ jurisdictionem habent, quales sunt civitates,

tes, & eas, quæ nullum habent, uti collegia opificum. In illis ſubſcriptio neceſſaria non eſt, dummodo ſigillum ſubjiciatur, in his vero omnium vel ſaltem maioris partis ſubſcriptio requiritur *Rivinus in Enunciatis juris tit. 7. n. 36.*

2 Seniores nomine univerſitatis juraturi mandato opus non habent *Carpzov. lib. 3. Reſp. 41.*

3 Membrum univerſitatis ad ſubeundem ſyndici munus invitum compelli poteſt, *arg. L. 18. §. 13. de Muneribus.*

SPECIMEN LV. MEDITATIONVM AD PANDECTAS AD LIB. III. TIT. V.

DE

NEGOTIIS GESTIS

PVBLICE DEFENSVM

A

DITERICO ADOLPHO HECKENBERG,

D. V. AVGVSTI ANNI cIɔ Iɔ CCXVI.

I.

Vulgata Legis 22. C. de Negotiis geſtis lectio contra Bynckershoekium defenditur.

II.

Negotia gerere etiam procuratores dicuntur.



Nonnihil difficultatis habet *Lex 22. C. de Negotiis geſtis*, in qua Imperatores: *Negotium*, inquiunt, *gerentes alienum, non interveniente ſpeciali pacto, caſum fortuitum præſtare non compelluntur.* Dubium hic oritur, quomodo fieri poſſit, ut in negotiorum geſtione, quæ ignorantiam domini ſupponit, ſpeciale pa-

ctum

ctum interveniat. Qui Imperatorem hic de solo procuratore loqui cum *Accursio* putant, hi Tribonianum maximæ incuriæ insimulant, quod legem hanc loco plane alieno inseruerit. Facit id *Maierus in Collegio Argentoratensi tit. de Negotiis Gestis* §. 27. legem hanc fugitivam appellans, quæ ad *titulum mandati* sit referenda. Magis etiam peccant, qui cum *Bynkershoekio Observat. jur. Rom. lib.* 1. *c.* 7. & *Noodtio Comment. in D. tit. de Negotiis gestis* in mendo cubare legis verba dicunt, & pro *interveniente speciali pacto*, legi oportere *interveniente speciali facto*, contendunt. Sed facile refelluntur. Namque primum *Basilica* obsistunt, ubi *lib.* 17. *tit.* 2. *c.* 22. eadem lex refertur & vox *pactum* συμφώνον vertitur. Verosimile autem non est, illis jam temporibus, quibus Basilica compilata sunt, legem corruptam fuisse. Deinde lectio illa, quam substituit Bynkershoekius *non interveniente speciali facto*, obscura est, nec juris nostri auctoribus familiaris. Accedit etiam, quod emendare verba legum, nisi necessitas id exigat, non debeamus. At, ais, quomodo ergo Triboniani negligentia excusabitur, & lex, ut in hoc titulo apte posita videatur, explicabitur? Res facillima est. Nempe vox, *negotium gerere*, non stricte hic de solo negotiorum gestore proprie sic dicto intelligenda est, sed, ut sæpe in jure nostro fit, late de omni eo, qui res alterius seu sponte, seu ex officii necessitate, ut tutor, seu præcedente mandato, ut procurator, administrat, accipitur. Ergo generalis regula hic continetur: neminem qui in rebus & negotiis alienis versatur, casum fortuitum præstare; quam Tribonianus *titulo de negotiis gestis* inseruit. Neque enim hoc infrequens ei est, regulam, quæ ad plures contractus pertinet, generalibus verbis in titulo specali referre. Cuius rei exemplum aliud in *L.* 38. *de Neg. gestis* occurrit. Limitatio autem adiecta, non interveniente speciali pacto, non ad negotiorum gestorem, sed ad alios, qui negotia aliena ex mandato

mandato domini gerunt, pertinet. Nihil eſt hac explicatione planius, nihil rationi convenientius. Sed hic iterum Bynkershoekius, dum *Gloſſæ* interpretationem refellit, nobis contradicit; atque negotia gerere de procuratore dici poſſe, negat, & ad *Cujacii* auctoritatem provocat. Evolvi ergo *Cujacii* loca *ad African. tract.* 8. *in L.* 17. *de in rem verſo* & *L.* 51. *de Ædit. edicto.* Ibi vero ille nihil amplius, quam, procuratoris nomine etiam voluntarium, id eſt, geſtorem, qui ſine mandato geſſit negotium alienum, contineri, ait. Quod autem geſtor de procuratore intelligi nequeat, hoc non dicit. Nec potuit dicere. Leges enim nimis claræ & frequentes ſunt, in quibus negotia gerere procurator dicitur. Omnium inſtar eſſe poteſt *L.* 2. §. 1. *Mandati* ibi: *ſi tibi mandem, ut negotia mea geras;* cui adde *l.* 6. §. 1. *eodem.* Imprimis autem explicationem meam juvant *l.* 6. §. 4. D. & *l.* 14. *C. de Neg. geſtis*, in quibus negotia gerere generaliter ſimul de procuratore & de negotiorum geſtore proprie dicto prædicatur.

III.

Negotiorum geſtor præſumitur, qui claves conclavium & ciſtarum alienarum apud ſe ſervat.

IV.

Negotiorum geſtor ad edendum inventarium aut ſpecificationem juratam obligatur.

Exemplum, quod nunc narrabimus, in facto contigit. Mortuo patrefamilias, cognati eius ſpem ingentis hereditatis potiundæ conceperant, ſed, cum præter paucos numos nihil reperiſſent, ſpes inanes, ut cum poeta loquamur, ſe paviſſe animadvertebant. Suſpicabantur tamen,

 mulie-

mulierem, in cuius ædibus defunctus vixerat, & cuius custodiæ conclavium & cistarum suarum claves, quas illa etiam post mortem demum eius reddiderat, commiserat, plerasque res vel ipsam vel per alios subtraxisse. Quærebant igitur ex JCtis Vitembergensibus, possentne illam ad jusiurandum iis de rebus præstandum adigere. Res difficultate non carebat. Jusiurandum enim purgatorium de furto imponi ei non poterat, quippe quod non, nisi verosimilia argumenta & indicia adsint, locum habet, teste *Carpzovio Quæst. crim.* 116. *n.* 62. At hic præter suspicionem heredum nihil aderat. Igitur alia via incedendum rati ad jusiurandum manifestationis seu juratam specificationem adigi illam posse, existimavimus. Equidem prævidebamus facile, eam responsuram, isti jureiurando tantum in herede locum esse, ad se autem hereditatem non pertinere. Verum & negotiorum gestor ad id obligatus est. Cum enim sine dubio rationes reddere debeat, *l.* 19. §. 1. *de Negotiis gestis*, rationum autem reddendarum fundamentum ex confessione JCtorum omnium sit inventarium, aut, hoc deficiente, jurata specificatio, ab huius editione liberare se nullo modo potest. Vide *Carpzovium P.* 3. *C.* 33. *def.* 7. Illud itaque dubium nunc saltem superat, an contra mulierem hanc, quæ bona defuncti publice non administrarat, negotiorum gestorum actio locum inveniret. Sed hoc etiam affirmavimus. Concessio enim clavium non alia mente a defuncto facta esse poterat, quam, ut res in cistis reconditas curæ eius committeret. Nec, nisi & ipsa hanc mentem habuisset, claves vel accepisset, vel post mortem retinuisset. Hæc recta ratio indicat, ut nec opus sit lege. Quamvis & illa in promtu foret. Vide modo L. 77. §. 21. *de Legatis* 2. ubi paterfamilias uni ex liberis suis claves tradens custodiæ eum & negotiis gerendis præfecisse censetur. Adde *Zieglerum de Jure clavium* §. 21. Sic itaque mense

Aprili

Aprili anni cIↃ IↃ CCX. respondimus: Verlanget Ihr Unterricht, ob Hans Olners Eheweib, welche die Schlüssel zu Paul Olners Behältnisse bis nach dessen Tode gehabt, endlich zu erhalten verbunden sey, daß sie von des Verstorbenen Baarschaft in dessen Krankheit nichts selbst oder durch andere entwendet habe. Wenn nun gleich das purgatorium niemand leicht ohne erhebliche Vermuthung und Anzeigungen aufgebürdet werden mag, imgleichen derjenige, so nicht Erbe worden, noch der Erbschaft sich angemasset, eine endliche specification auszustellen nicht gehalten ist; Dennoch aber und dieweil Hans Olners Eheweib dadurch, daß sie die Schlüssel zu Paul Olners Behältnissen so wol bey dessen Leben als nach seinem Tode geführet, sich einer Administration angemasset, ein jeder Verwalter aber eine endliche specification der bey sich gehabten Güter herauszugeben schuldig ist; So mag Hans Olners Eheweib zu dergleichen Eyd wol angehalten werden.

V.

Qui prohibentis negotia gerit, casum fortuitum præstat.

VI.

Excusatur tamen, si probet, rem, etiamsi non intervenisset, perituram fuisse.

Recensentur passim a DD. casus, quibus negotiorum gestor periculum sustinere debet. Sed plerique omittunt eum, quando quis inviti prohibentis negotia gerit. Hunc quoque omne damnum, si quod, licet sine culpa eius, in re accidat, resarcire debere, & æquitas suadet, & jura jubent. De æquitate dubium non erit. Nam quid æquius, quam ut is, qui noluit rem suam ulli periculo committere, ab his, qui contra voluntatem ipsius eam periculo exposuerunt, indemnis servetur? Quod autem ad jura attinet, habemus verba *L.* 8. §. 3. *de Negotiis gestis*, ubi Ulpianus:

Is, ait, *qui prohibuit, ex nulla parte aliquid damni sentiat*, & argumentum *l.* 11. *eodem*, ubi is, qui negotia, quæ dominus facere solitus non erat, gerit, damnum omne ferre jubetur. Quibus rationibus moti JCti Helmstadienses mense Octobri anni CIↃ IↃ CC XV. responderunt, eum, qui equum ægrum contra voluntatem domini curandum suscepit, mortuo, durante cura, equo æstimationem eius præstare debere. Beklagter wird beschuldiget, daß er des Klägers Pferd in die Cur genommen, dasselbe aber verwahrloset, und ihm durch Steckung der Christwurzel den kalten Brand, folgends auch gar den Tod verursachet. Nun hat er zwar seine Defension durch Vorstellung unterschiedener Zeugen geführet. Aber vier derselben sagen nicht das geringste, so Beklagtem zu statten kommen möchte, aus, sondern graviren ihn noch vielmehr; wie denn einer von ihnen so gar vorgiebt, es habe Beklagter wider Klägers ausdrückliches Verboth die Cur des Pferdes übernommen, welches Beklagten zu condemniren allein genug ist. Superest tamen negotiorum gestori hoc casu unum remedium, ut ostendat scilicet, rem, etiamsi operam non adhibuisset, interituram fuisse. Nam si hoc liquido demonstraverit, absolvendus est.

VII.

Negotiorum gestor ad specificationem fructuum a se perceptorum jurato confirmandum compelli potest.

IIX.

Sufficit hoc casu jusjurandum de credulitate.

Negotiorum gestorum in omne id condemnari, quod ex re domini consecutus est, ex *l.* 2. *de Neg. gestis* constat. Debet itaque ante omnia fructuum perceptorum rationem reddere, eamque, si adversarius id exigat, jureiurando confirmare. Equidem non ignoramus, *Mevium P.* 4. *Decis.* 92. *n.* 4. nobis contradicere. At enim, honesti viri, qui bona aliena administravit, rationibus tamdiu stari,

ſtari, donec ſuſpectæ reddantur, nec juramentum ſine cauſis aut judiciis veroſimilibus deferre poſſe. Sed fallitur *Mevius*. Ipſe *Deciſione* 78. fatetur, deferri poſſe jusiurandum a parte parti pro exploranda veritate, etſi nihil dum probatum ſit, quando deferens ignarus eſt negotii, & ideo ad probationes devenire nequit. Quam ſententiam non æquitas ſolum commendat, ſed & lex confirmat. Juſtinianus quippe in *l.* 22. §. 10. *C. de Jure delib.* licentiam dat creditoribus, legatariis vel fideicommiſſariis, ſi maiorem putaverint eſſe ſubſtantiam a defuncto relictam, quam heres in inventario ſcripſit, per ſacramentum heredis, *ſi aliæ probationes defecerint*, ſuperfluum approbare. Quodſi ergo ſuper ſolemni inventario jurisiurandi delatio ſine probatione permiſſa eſt, facilius utique permittetur ſuper ſimplici ſpecificatione, cuius minor longe fides eſt. At aliud dubium hic ſuboritur, quid faciendum ſit, ſi negotiorum geſtor ob antiquitatem temporis vel ob alias cauſas, forte, quod fructus prædiorum adminiſtratorum non ſeparatim collegit, ſed cum ſuis commiſcuit, quantitatem fructuum perceptorum ſcire & indicare nequeat. An juriiurando in litem tunc locus erit? Non putamus. Quodſi enim geſtor ipſe quantitatem fructuum neſciat, dominum eum melius indicaturum, veroſimile non eſt. Ergo juriiurando credulitatis hic locum facimus. Equidem *Carpzovius in Proceſſu tit.* 11. *art.* 1. *n.* 154. ceterique Doctores negant, in factis probriis de credulitate jurari poſſe. At jura noſtra ignorantiam & oblivionem facti proprii, maxime ſi diuturnum tempus, vel alia juſta cauſa concurrat, aliquando excuſant *l.* 22. *pr. l.* 32. §. 1. *de Condict. indeb.* Sic igitur reſponderunt JCti Helmſtadienſes menſe Octobri anni CIƆ IƆ CC XV: Es iſt außer Zweifel, daß durch das fol. 38. befindliche Urthel Beklagtem die Edition einer eydlichen Specification auferleget worden. Nichts deſtoweniger unterſtehet ſich die-

 ſer,

ser, solchem rechts-kräftigem Urthel zuwider, die ihm ad edendum gesetzte 3 wöchentliche Frist vorbey streichen zu lassen, und denen Klägern das jusiurandum in litem aufzubürden, unter dem Vorwand, daß ihm unmöglich sey, die eigentliche Quantität der eingehobenen Früchte anzuzeigen. Alldieweil aber in solchem Fall, da es ihm unmöglich fallen solte, die von ihm selbst eingeerndten Früchte anzuzeigen, es denen Klägern, die mit der Erndte gar nichts zu thun gehabt, viel unmöglicher seyn würde, etwas gewisses vermittelst des jurisiurandi in litem zu determiniren, hiernächst die vorgeschützte Unmöglichkeit gar nicht zu attendiren ist, indem es, wenn kein richtiges Inventarium vorhanden, bey der Specificatione jurata zugleich mit auf credulitatem ankommet, demnach Beklagter nur nach seinem besten Wissen und Gewissen anzeigen kann, wie viel er meyne, daß die von denen 2 Husen Landes genossenen Früchte ausmachen; So haben wir nicht umhin gekonnt, Beklagten die Edition nochmalen unter einem geschärften Strafgeboth aufzuerlegen, denselben auch wegen seiner Tergiversation in Erstattung der Unkosten zu verurtheilen.

IX.

Vitricus sumtus in alimenta privignorum impensos actione negotiorum gestorum repetit.

X.

Unione prolium, cujus intuitu vitricus privignos aluit, rescissa, repetuntur alimenta.

Contradicit nobis *Bachovius ad Treutl. vol. 1. disp. 10. §. 3. lit. C.* &, paternum affectum in vitrico, qui privignos suos aluit, præsumi, atque adeo, illum repetitionem non habere, asserit. Cuius auctoritate moti Scabini Lipsienses apud *Philippi in Usu Practico Institut. lib. 3. Ecloga 92.* vitrico repetitionem alimentorum denegarunt. Verum cum nemo in extraneum pietatis causa liberalis præsumatur, sed præsumtio hæc proximæ necessitudinis vinculum suppo-

ſupponat, vitricus autem ratione privignorum pro extraneo habeatur, præterea jura noſtra odium magis in vitrico, quam ſingularem affectionem præſumant *L.* 1. *C. Ubi pupilli educari*, vitricus profecto, ſi quid in alendos privignos erogavit, videri non poteſt id pietatis cauſa, ſed magis repetendi animo, feciſſe. Ergo actionem negotiorum geſtorum habebit. Nec obſtet nobis *L.* 15. *C. de Negot. geſtis.* Ex ea enim aliud nihil colligi poteſt, quam, ceſſare repetitionem, ſiquidem privigni, alimenta non animo repetendi, ſed ex paterno affectu probent. Adjuvat ſententiam noſtram *Lex* 3. *C. de Contrar. judic. tut.* in qua liberis vitrici repetitio conceditur eorum, quæ ille in rem privigni erogavit. Conſentiunt nobiscum *Finckelthaus Obſ.* 10. & *Brunnemannus ad l.* 15. *de Negotiis geſtis.* Huc pertinet caſus JCtis Helmſtadienſibus nuper oblatus. Vitricus cum uxore privignorum tutoribus unionem prolium inierat, bona eorum adminiſtrarat, fructusque ex iis perceperat, ſed viciſſim ipſos aluerat & educarat. Tandem privigni maiores facti unionem tanquam nullam ab omiſſa ſolemnia, quæ legibus requiruntur, impugnabant & bona ſua cum fructibus repetebant. Vitia unionis manifeſta erant. Igitur non poterat non ſecundum privignos judicari. Quod cum vitricus animadverteret, ipſe quoque præter reliquas expenſas alimenta repetebat. Obvertebant quidem privigni paternum eius affectum, &, quod animum repetendi non habuiſſet. Verum facile apparebat, alimenta eum non donandi animo, ſed ex cauſa unionis prolium, & quod fructus ſe ex bonis privignorum lucraturum ſperarat, præſtitiſſe. Quæ cauſa cum deinde in irritum caderet, repetitio præſtitorum ei nec ex naturali æquitate nec ſecundum jura denegari poterat. Vide *l.* 4. & 5. *de Condictione ſine cauſa.* Quamobrem ita reſpondimus menſe Julio anni clↄ iↄ cxvi: **Kläger fodert von Beklagtem, ſeinem Stief-Schwiegervater, ſeiner Frauen väterliches Erbtheil.**

Erbtheil. Dieser schützet zwar eine aufgerichtete unionem prolium vor, kann aber selbst nicht in Abrede seyn, daß solche nicht völlig zu Stande gekommen, und es dabey an denen vornehmsten in Rechten zu einer unione prolium erforderten Stücken mangele. Also fällt diese unio prolium sonder Zweifel hinweg, und haben wir nicht wol anders sprechen können, als, daß Beklagter Klägern die vom Vater verlassene Erbschaft nebst denen eingehobenen Nutzungen, nach Abzug der auf die Bestellung und Besserung der Güther, ingleichen auf die Erziehung und Ausstattung gewendeten Kosten, abtreten solle.

COROLLARIA.

1 Is, qui negotia amici sui absentis gerenda non suscipit, sed perire patitur, peccat contra jus naturæ, sed in foro humano nulla actione propterea conveniri potest. Contra ille, qui suscepit negotia, sed deinde deseruit, tenetur ad damni restitutionem *L. 17. §. 3. Commodati.*

2 Negotiorum gestor & quilibet pecuniæ alienæ administrator, qui eam in proprios usus convertit, ad centesimas usuras, 12. *pro Cento*, quotannis solvendas obligatur, *l. 38. de Neg. gestis.* Quæ lex adhuc in usu est, etsi plerique hoc negent.

3 Is, cujus negotia geruntur, etsi ipse nihil faciat, præsumitur consentire. Errat ergo *Hoppius*, qui *ad pr. I. de obligationibus, quæ quasi ex contractu* autumat, consensum etiam fictum & a lege præsumtum facto esse declarandum.

SPECIMEN LVI.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. III. TIT. VI.
DE
CALVMNIATORIBVS
PVBLICE DEFENSVM
A
LEONHARD PHILIPP REICHE, ALFELD. HILDESIENS.
D. V. SEPT. ANNI CIƆ IƆ CCXVI.

I. Calum-

I.

Calumniator adhuc hodie in quadruplum potest conveniri.

II.

Usus actionum pœnalium Romanarum asseritur.



Ardua lis est, an actio in quadruplum contra calumniatores moribus Germanorum recepta sit. Negat *Struvius Exerc. ad D.* 7. §. 60. Affirmant *Brunnemannus ad L. ult. in fin. de Calumniat.* & *Schilterus Exerc.* 19. §. 74. Struvium tuetur *Thomasius de Usu actionum pœnalium juris Romani in foris Germaniæ c.* 3. §. 13. Brunnemannum vero *Bergerus de Usu actionum pœnalium* §. 40. Respondit Bergero iterum *Thomasius in notis ad Institut. tit. de Actionibus pag.* 262. inprimis vero *ad tit. de Obligationibus, quæ ex delicto p.* 238 *sqq.* Tot tamque illustres pugnatores totam hanc doctrinam sic exhauserunt, ut nobis nihil, quod adderemus, reliquum fecerint. Nolumus itaque argumenta eorum repetere. Id tamen salva ea, quam illustri illustris Bergeri adversario, præceptori olim nostro, debemus, reverentia addimus, rationes, quas Bergerus affert, meliores nobis fortioresque videri. Nec obest Bergero, quod exemplum nullum institutæ huius actionis occurrat. Id enim docere necesse non est. Sufficit, jus Romanum generaliter esse receptum. Ergo & singulæ leges receptæ sunt, valentque tam diu, donec vel nova lege tollantur, vel contraria & constanti consuetudine abrogentur. Ostendant itaque oportet, qui usum actionis nostræ negant, eam aliquoties institutam sed a judicibus reiectam fuisse. At aiunt, solus non usus sufficit ad obliterandam legem. Imo non sufficit, cum vel occasio utendi deesse potuerit, vel imperitia fortassis & negligentia advocatorum, qui profecto jura constituta pervertere non pos-

ſunt, cauſa ſit, propter quam actio noſtra non frequentatur? Nam, ut exemplo rem illuſtremus, multa ſunt loca, quibus jurisdictio ſuperior competit, in quibus tamen per memoriam hominum fur ſuſpenſus aut maleficus ad ultimum ſupplicium abſtractus non fuit. Quis vero dicat propterea, jus capitalem ſententiam exſequendi magiſtratui huic non eſſe? Sed fac etiam, ſolum non uſum ſufficere. Debent ergo hunc probare, qui per illum abrogatam legem eſſe affirmant. Nam qui legem & actionem valere ajunt, probatione uſus onerari nequeunt, quod generalem receptionem juris & fluentem ex illa præſumtionem obſervantiæ pro ſe habent. Quomodo igitur non uſus demonſtrabitur? Ex ſilentio ſcilicet auctorum. At hi vix de centeſima rerum per Germaniam judicatarum parte teſtantur, cum innumeræ quotidie ferantur ſententiæ, quæ in libros non rediguntur, ſed tempore & oblivione obruuntur. Inter has igitur reperientur forſan exempla iſtiusmodi actionum pœnalium, quorum ignorantia leges tollere nequit. Sed unum adhuc ſupereſt diſſentientibus telum, in quo maxime confidunt. Aiunt nempe, actiones pœnales juris Romani & inter has actionem de calumnia nunquam in foris Germaniæ receptas fuiſſe, ſed habuiſſe Germanos ante receptionem juris Romani ſuas actiones pœnales illasque poſtea etiam retinuiſſe. Verum enim vero etſi non negemus, potuiſſe quem, qui per delictum alterius læſus fuerat, apud priſcos etiam Germanos delinquentem perſequi & pœnam pecuniariam ſibi applicandam ab eo exigere; Hoc tamen remedium generale ſaltem erat, nec quantitas pœnæ determinata, aut, ſi quibusdam caſibus determinata, ob inſignem rei pecuniariæ mutationem uſum amplius non habet. Supervenit ergo jus Romanum, actiones pro diverſitate delictorum diſtinxit; Et pœnas incertas olim & arbitrarias determinavit, quemadmodum idem circa contractus &

deſcen-

descendentes ex illis actiones contigit. Igitur leges Romanæ hac in parte moribus Germanorum non tamen contrariantur, quam perficiunt potius eas, ad certitudinem perducunt & defectus supplent. Ex quo apparet, nihil sententiæ nostræ officere, quod jus Romanum in subsidium receptum dicatur, cum in hoc ipso consistat subsidium illud, ut confusa separentur, incerta determinentur, omissa suppleantur. Minus hæc res dubii habet in Ducatibus Brunsvicensi & Magdeburgico. De illo vide Herzogs *Augusti* Canzelley-Ordnung §. 54. de hoc *proœmium* der Magdeburgischen Policey-Ordnung verbis setzen und ordnen, daß die Sachsen-Rechte in unsern Herzogthum Magdeburg weiter nicht, als so ferne sie unserer Magdeburgischen Kirchen-Proceß-Policey- und andern Ordnungen conform seynd, observiret, im übrigen aber die gemeine beschriebene Kayserliche Rechte, so weit wir denenselben aus Churfürstlicher und Landesfürstlicher Hoheit und Macht nicht derogiret haben, in procedendo, sententionando, judicando beobachtet werden sollen. Similis fere lex in Marchia Brandenburgica lata est, teste *Strykio in Dissert. prælim. Usus moderni* §. 29. Qui igitur in his terris vivunt, quomodo usum actionum pœnalium Romanarum negare queant, non videmus. Confer tamen, quæ pro conciliatione sententiæ suæ cum illis juribus proponit *Thomasius de rite formando statu controversiæ: An legum juris Justinianei sit frequens, an exiguus usus practicus in foris Germaniæ* §. 52. atque, an satisfaciant, perpende.

III.

Discrimen inter transactionem & calumniam ostenditur.

IV.

Calumniator non est, qui alterum comminatione actionis non quidem omnino justæ, sed tamen verosimilis, ad solvendam sibi pecuniam compellit.

Observat *Thomasius de Usu actionum pœnalium juris Romani in foris Germaniæ* c. 3. §. 13. difficilem & a nemine adhuc excussam quæstionem esse, quomodo in praxi differat calumniator, qui pecuniam, ne alteri negotium facesseret, accepit a transigente. Equidem Ulpianus *L.* 1. §. 3. *de Calumniatoribus* discrimen facit inter calumniam & transactionem, in quo tamen id consistat, non exponit. Nos igitur expositionem hanc tentabimus, & eius gratia exemplum, quod in facto contigit, præmittemus. Vir quidam honestior sponsalia publica celebrarat, atque jam diem solemnitatibus nuptialibus præfixerat. Paratis omnibus, supervenit muliercula, sibi olim fidem de matrimonio datam affirmat, atque intercessuram se nuptiis & festum crastinum turbaturam minatur. Adduxerat secum advocatum qui more solito terrorem verbis auget, tandem vero seducto paulisper sponso spem facit litem compositum iri, siquidem muliercula pecunia pro renunciatione, sibi vero merces pro opera solveretur. Sponsus & ignominiam & rescissionem sponsaliorum, ex quibus ingens lucrum sperabat, metuens annuit facillimus, &, quæ poscuntur, sine mora solvit. Sed ducta uxore confidentior factus judicem adit, fatetur, se mulierculæ illi olim matrimonium promisisse, sed clam & insciis parentibus suis, igitur nullitatem sponsaliorum illorum ostendit, porro fraude & calumniæ metu magnam pecuniæ vim sibi extortam conqueritur, atque hanc actione de calumniatoribus repetit. Repulit vero eum judex a limine judicii, & recte quidem. Neque enim calumnia hic suberat, sed vera transactio intercesserat.

Aliud

Aliud dicendum fuiſſet, ſiquidem actor prorſus, ſe fidem de coniugio mulierculæ dediſſe, negaſſet. Diſcrimen nempe in eo conſiſtit, ut calumnia ſit, cum is, qui negotium alteri exhibet aut exhibiturum minatur, omni plane jure & fundamento deſtituitur; Transactio autem, cum veroſimilem & dubiam litigandi cauſam habet, tametſi illa penitius excuſſa & ſecundum leges examinata concidat. Et ſic explicanda ſunt verba, quæ *in L. 65. §. 1. de Condict. indebiti* occurrunt: *Licet res nulla media fuerit.*

V.

In proceſſu inquiſitorio delator calumnioſus ad reſtitutionem damnorum & expenſarum recte condemnatur.

Diſſentire a nobis videntur *Bergerus & Ludovici*, quorum ille *in P. 2. Supplementorum ad Electa Juriſpr. Crimin. Obſerv.* 198. denunciantem, ſi reus abſolvatur, nullis plane ſumtibus coerceri poſſe, affirmat, hic im peinlichen Proceß *c.* 1. §. 10. & *c.* 2. §. 20. idem aſſerit, & hunc ſolum caſum, de quo nec dubium quidem eſt, excipit, ſiquidem denunciator, ut ſuo periculo, auf ſeine Gefahr und Schadloshaltung, inquireretur, petierit. Non dubitamus tamen, quin uterque illam exceptionem, etſi non expreſſerit, tacite tamen ſubintellexerit, niſi manifeſta calumnia aut etiam temeritas denunciantis appareat. Hunc enim ad ſumtus reſtituendos obligari æquiſſimum eſt. Agnoſcunt hoc *Carpzovius Deciſ.* 188. *n.* 14. aliique ibidem ab eo excitati auctores. Igitur ſic tenendum eſt: denunciator, ſiquidem aliquam parum ſaltem probabilem denunciandi cauſam habuerit, expenſas non reſtituit. At ſi hæc plane defecit, aut falſa fuit, ad eas ferendas recte condemnatur. Sic JCti Helmſtadienſes menſe Julio anni CIↃ IↃ CCXVI. ſumtuum reſtitutionem impoſuerunt ei, quem odio ſaltem & inimi-

 citia

citia inductum crimen aliquod judici adversus vicinum denunciasse animadverterant: Daß die Denunciaten von dem wider sie angestellten Proceß zu entbinden, Denunciant auch denenselben, wegen seiner ungegründeten und, dem Ansehen nach, aus Haß hergeflossenen Denunciation, alle verursachte Schäden und Unkosten zu erstatten schuldig.

VI.

Advocatus fisci calumniosam litem sua sponte movens juste in expensas damnatur.

VII.

Quodsi jussu superioris id fecerit, sumtus ex fisco restituendi sunt.

Communis doctrina est, advocatum fisci, etsi succumbat in causa, a restitutione expensarum esse immunem. Quæ quidem nihil dubii habet, siquidem non proprio motu, sed jussu judicis accusationem intentet. Quamvis enim Constitutione criminali accusator succumbens expensas ferre jubeatur, tamen jura de processu accusatorio constituta ad processum, in quo advocatus fisci jussu judicis intervenit, minus recte accommodantur. Manet quippe processus inquisitorius, in quo judex ex officio procedit, & ministerio tantum advocati fisci utitur. Quod ante nos jam observavit *Bœhmerus de Expensis criminalibus c.* 3. §. 12. At quando advocatus fisci sua sponte sine principis vel magistratus jussu actionem vel accusationem intentat, processus ordinarius vel accusatorius oritur. Igitur huiusmodi advocatus fisci non secus, ac alii litigatores, si per calumniam litem moverit, in expensas condemnatur. Convenit hoc *Constitutioni judicii cameralis P.* 1. *tit.* 16. *n.* 2. Adde *Fabrum in Codice L.* 7. *tit.* 1x. *def.* 33. Et profecto admodum necessarium est, sic coercere fisci advocatos, qui sæpe vel odio privato ducti calumniosas lites suscitant, vel amico grati-

ficatu-

ficaturi privatis eius controverſiis cauſam publicam vano prætextu immiſcent & fiſci nomine interveniunt, ut ſæpe, quemadmodum ſub Domitiani tyrannide multis teſte *Plinio L. 5. epiſt.* 1. accidit, ex civili judicio capitis rei exeant. Nec noſtra hæc ſolum, ſed eadem & aliorum JCtorum ſententia eſt. Quod exemplo nunc confirmabimus. Quidam violentiæ in via publica commiſſæ inſimulatus & propterea in vincula coniectus innocentiam ſuam tam liquido oſtenderat, ut judex dimittere eum ex carcere jam conſtituiſſet. Sed intercesſerat advocatus fiſci, ſeu, uti eo loco vocabatur, procurator generalis, effeceratque proteſtatione ſua, ut captus diutius detineretur. Cum tamen ille nec indicia nec argumenta nova afferret, per ſententiam ab exteris JCtis conceptam abſolutus reus & procurator generalis in expenſas condemnatus eſt. Interponebat hic reviſionem, ſed vano eventu. Nam, actis iterum ad JCtos exteros miſſis, confirmabatur prior ſententia & denuo ſumtuum reſtitutio procuratori imponebatur. Tum vociferari ille, ſententiam juri & praxi contrariam dicere, atque rurſus reviſionem interponere. At JCti Helmſtadienſes, veſtigia priorum judicum ſecuti, ſimiliter menſe Maio a. CIↃIↃCCXVI. reſponderunt: Daß es, der geſuchten Reviſion ungeachtet, bey dem am 13. Merz 1714 eröffneten Urtheil zu laſſen, und Impetrant dem Impetraten die Expenſas retardati proceſſus, nach vorhergehender deren Liquidation und richterlichen Ermäßigung, zu erſtatten ſchuldig. Auch wird demſelben, bey willkührlicher Strafe, das beneficium reviſionis ferner zu mißbrauchen, unterſaget. Cum tamen nec ſic adquieſceret procurator generalis, verum ad Cæſarem provocaret, Cæſari poſcenti menſe Jan. anni CIↃ IↃ CC XVII. has reddidimus nomine illuſtris, a quo conſulti fueramus, collegii rationes: Dem von Ew. Kayſerl. Majeſt. an uns abgelaſſenen allergnädigſtem Befehl zu allerunterthänigſter Folge wollen wir hiemit den

ganzen

gantzen Verlauf der zwischen dem Hochfürstlichen Ost-Frisischen Procuratore generali und Ulrich Jacobsen ergangenen Streit-Sache in möglichster Kürtze vorstellen. Es beschwerte sich nemlich Ulrich Jacobs, Einwohner zu Westerhausen, bey uns in einer am 30. August 1710 eingereichten Schrift, daß die Beamte zu Emden wegen einer zwischen ihm und Focke Doden vorgegangenen und von diesem letzteren selbst angefangenen Schlägerey, wobey gemeldeter Focke Schaden am Bein genommen, alsofort auf blosse Denunciation eines bey der Schlägerey mit intereßirten Auskündigers, und ohne Ulrichen vorher zu hören, seine Güther beschreiben lassen, und durch ein de incarcerando reo gegebenes Mandat ihn die Flucht zu nehmen und seine Haushaltung zu verlassen gezwungen, bat demnach, ihm ein mandatum cassatorium zu ertheilen. Ob uns nun wol nicht wenig befremdete, daß die Emdischen Beamten einen angesessenen Unterthan ungehöret wegen einer schlechten Schlägerey dergestalt tractiret, wir auch wol wusten, daß in solchen Fällen, da periculum in mora, und ein armer Mann durch dergleichen Proceduren Gefahr laufet, in äusersten Ruin wegen Versäumung seines Hauswesens zu fallen, nach denen Reichs-Gesetzen mandata pœnalia sine clausula ertheilet werden können, welches uns allhier um so viel destoweniger würde seyn zu verdenken gewesen, da der verletzte Focke gantz ausser Gefahr, folglich Ulrich, wenn er gleich Schuld an den vorgegangenen Händeln gehabt, in eine gelinde Strafe verfallen seyn würde; So wolten wir dennoch, um denen Beamten alle Ursach, sich über uns zu beschweren, zu benehmen, dergestalt nicht verfahren. Diesemnach setzten wir zuvörderst einen gewissen Tag zu Untersuchung der Sache an, und luden die Beamten peremtorie ein, entweder zu sehen und anzuhören, daß das von ihnen abgelassene mandatum wiederum caßiret würde, oder ihre Einrede dagegen einzubringen, und darauf der Sachen und allen Gerichts-Terminen bis zum endlichen Schluß und Urthel ab- und auszuwarten. Nun rückte der in

der

der Citation bestimmte Tag heran; Da denn die Beamten, anstatt die ihnen nachgelassene Einrede einzubringen, den Procuratorem generalem aufgesprenget, welcher, ohne einen von Hochfürstl. Durchlaucht. hierzu empfangenen Befehl aufzuweisen, oder auch dessen nur im geringsten zu gedenken, tanquam ex officio Revision wider die von uns an die Beamte abgelassene Citation einwendete. Hier würde uns kein Mensch in der Welt verdacht haben, wenn wir diese widerrechtliche gegen eine blosse Citation gerichtete Revision verworfen, und die Beamte, welche im geringsten nicht graviret waren, sondern Besage der Citation mit ihren Einreden zuvörderst gehöret werden solten, zu Einbringung derselben angewiesen hätten. Gleichwol haben wir auch hierinnen dem Procuratori generali gefüget, die Revision angenommen, und den Partheyen darüber zu verfahren zugelassen. Hierauf hat Procurator generalis seine Gravamina revisionis übergeben, welche Ulrich Jacobs in einer so genannten Refutatione gravaminum beantwortet. Selbige haben wir dem Procuratori generali communiciret, der denn nach Verstreichung einiger Termine seine Salvationem gravaminum eingebracht, und zu Ende derselben ausdrücklich, nunmehro darüber zu erkennen, gebeten. Allein wir funden bey Nachsuchung der Acten, daß Procurator generalis weder in seinen Gravaminibus noch in derselben Salvation das geringste, so Ulrich Jacobsen hätte graviren mögen, beygebracht oder auch nur Argumenta und Zeugen, ihn dadurch zu convinciren, uns zu Abhörung und weiteren Untersuchung an die Hand gegeben. Das einige Fundament, worauf alle seine Gravamina beruheten, bestand darinnen, es müsse Ulrich Jacobs beweisen, wie er Focke Doden nicht aufgepasset, denselben nicht überfallen, und ihm den Schaden am Beine nicht zugefüget. Wie nun diese des Procuratoris generalis Foderung allen Rechten zuwider lief, überdiß der verletzte Focke selbst hierbey gantz stille saß, auch gantz keine Vermuthung war, daß Ulrich Jacobs die beyden, so

mit ihm die Schlägerey gehabt, würde überfallen haben, vielmehr hieraus, und, daß nicht dieser Focke, sondern der andere Arend Jacobs der eigentliche Feind des Ulrichs gewesen, eine starcke Præsumtion vor Ulrichs Unschuld erwuchs, so verspürten wir augenscheinlich, daß Procurator generalis ohne allem Grund blos in dem Absehen, entweder dem armen Ulrich Wehe zu thun und ihn in das Verderben zu stürtzen, oder denen Embdischen Beamten zu Gefallen interveniret und die Aufhebung des ausgegangnen mandati arrestatorii zu verhindern gesuchet. Diesemnach konnte der Spruch von uns nicht anders erfolgen, als daß die Revision zu verwerfen, und der Procurator generalis nebst dem ihm adhärirenden Beamten die Unkosten zu erstatten schuldig wären. In welchem letzteren Stücke, worüber sich der Procurator generalis hauptsächlich beschweret, wir dasjenige gethan, was uns die natürliche Billigkeit, die allgemeinen geschriebenen Rechte, insonderheit Ew. Kayserl. Maj. Cammer-Gerichts-Ordnung *P. 1. tit. 16. n. 2.* und bewehrte Rechtslehrer an die Hand gegeben, als welche letztere den Advocatum fisci, der einen unnützen Proceß, jemand zu vexiren, anhebet, in die Unkosten condemniren. *Faber in Codice Lib. 7. tit. 18. defin.* 33. *Martini in Processu tit.* 36. §. 1. *n.* 54 *seqq.* & qui porro ab eo allegantur. Wider diesen Bescheid nun wendete Procurator generalis eine neue Revision ein, welche wir denn, weil er durch die Condemnationem in expensas ein neues Gravamen erhalten zu haben schiene, zuliessen, auch, nachdem die Partheyen darüber verfahren, uns selbst des Erkänntnisses enthielten, und die Acta an die Wittenbergische Juristen-Facultät sendeten, welche unser Urthel lediglich bestätigte, und den Procuratorem generalem von neuen in die Unkosten vertheilte, in Betrachtung, daß derselbe nichts erhebliches angeführet, sondern blos das alte, so er in vorigen Schriften vergeblich vorgestellet, wiederholet, worzu noch dieses kam, daß Ulrich Jacobs vermittelst beygelegten Extractus protocolli docirte, wie der beschä-

beschädigte Focke Doden selbst sich alles Anspruchs an ihm begeben. Mit diesem Urthel nun, meynten wir, würde Procurator generalis endlich zufrieden seyn. Aber weit gefehlet. Er suchte von neuen auch dawider Revision. Anfangs zwar trugen wir derselben zu deferiren billiges Bedenken, in Erwegung, daß in dem letzten Urthel gantz kein neues Gravamen enthalten, also dieses abermahlige Remedium eine in allen Rechten verbotene Revisio revisionis war, weshalben wir auch in Furchten stehen mußten, es würde Ulrich Jacobs, daferne wir erwehnte Revision annähmen, sich über uns de protracta justitia beschweren. Unterdessen, damit Procuratori generali alle Gelegenheit zu klagen benommen würde, verstatteten wir denen Partheyen, nochmahlen über die aufgewärmten Gravamina mit einander zu verfahren, und versendeten darauf Acta an die Juristen-Facultät zu Helmstädt, welche denn bey abangezogenen Umständen unmöglich anders sprechen konten, als, daß die vorigen Urthel und Bescheide zu bestätigen, Imperrant nochmalen die Unkosten zu erstatten schuldig, und sich ferneren Mißbrauchs des Beneficii revisionis bey willkührlicher Strafe zu enthalten hätte. Dieses nun, Allergnädigster Kayser und Herr, ist dasjenige Urthel, wovon Procurator generalis an Ew. Majestät zu appelliren sich unterstehet. Es kan aber solche Appellation unmöglich statt finden, da bereits res judicata vorhanden, immassen Procurator generalis dreymal hinter einander Revision eingewendet, da denn wenigstens die letzte unzuläßig gewesen, und die Rechts-Kraft des gesprochenen Urthels nicht verhindern mögen. Wir können uns bey solchen Umständen auch nicht einbilden, daß Se. Hochfürstl. Durchlaucht. deren hohen Namen und Willen Procurator generalis vorschützet, von dieser denen Landes-Rechten und denen von Sr. Durchlaucht. Hochsel. Vorfahren erworbenen Privilegiis zuwiderlaufenden Appellation Wissenschaft habe. Diesemnach leben wir der allerunterthänigsten Zuversicht, Ew. Kayserl. Majestät werden vielbesagte gegen ein wohlgegründetes

und sowol von uns, als zweyen unpartheyischen Juristen-Facultäten approbirtes auch bereits rechtskräftiges Urthel eingewendete Appellation bey so klaren dawider streitenden Rechten verwerfen, und uns mit hoher Kayserl. Gnade ferner zugethan verbleiben, die wir in Unterthänigkeit verharren rc. Hæc ita, si sua sponte advocatus litem moveat. At quid si jussu superioris, non principis, in quem suspicio calumniæ non cadit, sed magistratus, qui jus vel administrationem fisci habet, actionem vel accusationem calumniosam omnique fundamento destitutam intentarit? Fiscus ipse hoc casu in expensas damnabitur. Nullum enim hac in parte fisco privilegium tributum est, igitur jure communi utitur *L.* 25. *de Pignoribus.* Consentiunt nobiscum *Martini in Processu tit.* 36. §. 1. *n.* 55. aliique ab eo memorati auctores. Atque sic quoque responderunt JCti Helmstadienses mense Junio anni CIↃ IↃ CCXIV: Wird gefraget, ob nicht der Fiscus die erkanten Kosten zu bezahlen schuldig sey. Wiewol nun des Fisci privilegia von einigen dahin erstrecket werden, daß selbiger mit Erstattung der Unkosten jederzeit zu verschonen sey; Dieweil aber dennoch einmal res judicata wegen Bezahlung solcher Kosten vorhanden ist, solche aber dem Fiscali, welcher den Proceß auf Befehl seiner Obern geführet, nicht zugemuthet werden kan, hiernächst in denen Rechten kein dergleichen Privilegium fisci zu finden ist, andere bewehrte Rechtslehrer auch, daß der Fiscus hierinnen nichts besonders habe, vermeynen; So müssen die erkannten Kosten von dem Fisco bezahlet werden.

IIX.

Pœna talionis in calumniatores statuta non est prorsus abrogata.

Ut calumniator eodem, quod alteri innocenti intentavit, supplicio afficiatur, æquissimum est. Nec pœnam hanc talionis calumniatoribus infligi æquitas tantum suadet,

det, sed & jus divinum jubet *Deuteronom. XIX*, 19. Jus divinum sequuntur Romanæ leges *in L.* 10. *C. de Decurionibus L.* 7. *C. ad L. Juliam de vi publica.* Idem Carolus V. *in Const. crim. Art.* 08. & 107. sanxit. Accedit Caroli M. consensus, qui apud *Lindenbrogium Lib.* 5. *Capitularium tit.* 198. *Si quis*, ait, *contra caput alterius falsa suggesserit, vel pro quacunque invidia aut iniusta accusatione aliquem commoverit, ipse pœnam vel damnum, quod alteri intulit, excipiat.* Tot jurium tamen consensus impedire non potuit, ne doctores communi fere voce, hodie pœnam talionis esse abrogatam, & calumniantes atque falsum testimonium dicentes arbitrarie puniri, asserant. Vide *Clasenium ad Art.* 68. *Constit. crim.* Neque nos huic torrenti opponemus, nec judicibus aut JCtis necessitatem secundum istas leges judicandi imponemus. Monemus tamen, istam abrogationem tam universalem non esse, ut non exempla subinde exercitæ in calumniatores talionis occurrant. Memorabimus aliqua. Non dicemus vero de illo casu, quo calumnia plenum effectum sortita est, & falso accusatus pœnam sustinuit. Tunc enim ad eandem pœnam abstrahi debere calumniatorem, sine dubio est. Sed cum leges modo memoratæ solum conatum sic puniant, de earum usu dispiciemus. Duplex exemplum habet *Mornacius ad L.* 1. *de Calumniatoribus*, alterum de anno 1613 in crimine læsæ maiestatis, alterum de anno 1617 in veneficio. Fallitur tamen Mornacius ibi, quod simile exemplum apud *Fabrum in Cod. Fabr. Ad L. Jul. maiest.* exstare putat. Contrarium enim potius ille, non quidem in isto titulo, ubi nihil plane hac de re, sed *Lib.* 9. *tit.* 23. *def.* 1. habet. Patrum nostrorum memoria in Dania muliercula quædam, Dina nomine, quæ Cornificium Ulefeldium tentati in regem veneficii insimularat, deinde vero criminationem revocarat, seque a Walthero tribuno militum ad calumnian-

dum instigatam fassa erat, capite plexa est. Recentius exemplum in Helvetia sub finem seculi superioris contigit, quod *in Theatro Europæo tomo* 15. *ad annum* 1698 *pag.* 458. recensetur. Recentissimum vero Romæ hoc ipso seculo accidit, ubi Marchio del Vasto, quod Cardinalem Jensonium de plagio & assassinio tentato accusasset, sed in probatione defecisset, ad mortem a præfecto urbis damnatus est. Qua de re plura habet auctor libri, *de l'Etat du siecle de Rome de, le Commencement du siecle passe jusqu' a present*, Coloniæ Agrippinæ anno 1707 editi. *In legibus militaribus Russicis Petropoli anno* 1717 auctore Czaario editis p. 129. advocati fisci dolo in accusationibus usi easdem pœnas luere jubentur, quas reis innocentibus intentarunt. Quæ cum ita sint, putamus, posse adhuc hodie talionis pœnam in calumniatores exerceri, si modo calumnia non intra primi conatus limites substitit, sed vel plenum vel saltem eum effectum habuit, ut innocens tormentis subiiceretur, aut tranquillitas reipublicæ insigniter turbaretur, aut grave inde principi purpuratisve eius periculum immineret. Consentit nobiscum *Mornacius loco supra memorato*. Atque eo collimant cuncta ista a nobis allata exempla.

IX.

Reus, exantlata tortura, absolutus ex hoc solo delatorem vel accusatorem suum de calumnia convenire nequit.

Frequens hæc in foro quæstio est, utrum reus, exantlata tortura, absolutus de calumnia queri possit. Non putamus, nisi novis & singularibus argumentis dolum & calumniam delatoris, quod is scilicet indicia adversus se confinxerit, vel testes subornarit, ostendere queat. Per solam quippe sententiam absolutoriam calumnia, quæ dolum requirit, haud probatur. Cum enim talia indicia adfuerint,

quæ

quæ judicem ad decernenda tormenta permoverunt, multo magis excufandus eft delator, qui & per illa fe ad denunciandum crimen impelli paffus eft. Vide *Conftit. Crimin. Art.* 61. ibi: Haben doch Richter und Ankläger keine Strafe verwürkt, item *L.* 3. *C. de Calumniatoribus* ibi: *Non, fi reus abfolutus eft, ex eo folo etiam accufator, qui poteft juftam habuiffe veniendi ad crimen rationem, calumniator credendus eft.* Poterit quidem nobis obiici *Lex* 9. *de Calumniatoribus*, in qua domino fervi poft quæftionem de illo habitam abfoluti actio de calumnia conceditur. Sed hæc obiectio facile removebitur, fi cogites, quæftiones olim de fervis fine omni indicio ad poftulationem faltem accufatoris habitas fuiffe. Quod & verba dictæ legis, *fi poftuletur*, fatis indicant. Aliud ergo hodie, ubi poftulatio non fufficit, fed argumenta requiruntur. Ceterum, fi, quemadmodum diximus, tortus dolum & calumniam accufatoris in fpecie probare poffit, actio hæc recte inftituetur. Cuius rei infigne exemplum reperies *in Theatro Europæo Tomo* 15. *ad annum* 1698 *pag.* 458.

COROLLARIA.

1 Actio de calumnia poft fententiam abfolutoriam inftitui poteft *L. 1. §. 3. ad SC. Turpil.* Diffentit *Schæpfer in Synopfi D. tit. de Calumniatoribus n. 7.*

2 Temerarius accufator calumniator dici nequit *L. 1. §. 5. ad SC. Turpil.*

3 Advocatus fifci ne quidem pecuniam, ut jufte aliquem accufet, accipere poteft.

SPE-

SPECIMEN LVII. MEDITATIONVM AD PANDECTAS AD LIB. IV. TIT. I. DE IN INTEGRVM RESTITVTIONIBVS

PVBLICE DEFENSVM

A

BARTHOLDO VINCENTIO Stieffer,

HELMSTADIENSI.

D. VII. OCTOBR. ANNI CIↃ IↃ CCXVI.

I.

Lex 2. C. Qui & adversus quos, qua restitutio in integrum contra parentes denegatur, stricte interpretanda, nec ad parentes adoptivos aut novercam extendenda est.



Frequens fit in foro mentio *Legis 2. C. Qui & adversus quos in integrum restitui non possint*, qua nullo modo adversus parentes utriusque sexus dari restitutionem, sancitur. Edidit in hanc legem commentariolum *Bergerus*, & omnia, quæ in illam dici poterant, sic occupavit, ut nihil fere nobis reliquum fecerit. Itaque, relictis quæstionibus a Viro illustri excussis, memorabimus aliam nostra memoria aliquando disputatam, an scilicet restitutio in integrum contra novercam indulgeatur. Qui id negabant, rationem legis his verbis comprehensam: *Nam personarum reverentia omnem eis excludit restitutionem*; item verba illa generalia: *nullo modo adversus parentes*

parentes utriusque sexus: urgebant, atque novercæ etiam reverentiam quandam deberi, illamque secundum §. 7. *I. de Nuptiis* matris loco esse, contendebant. Vicit tamen sententia contraria, memoratam nempe legem ad vitricum & novercam non pertinere. Equidem non negamus, aliquam illis deberi reverentiam. At minor hæc longe est ea, quæ parentibus veris debetur. Sunt etiam parentum loco, sed non ipsi parentes. Igitur privilegia parentibus proprie dictis tributa sibi arrogare nequeunt. Deinde L. *illa* 2. ad solos veros parentes restringenda ne quidem ad adoptivos pertinet, *l.* 3. §. 6. *de Minoribus*. Accedit, quod per *Novellam* 155. restitutio liberis contra veram matrem secundo nubentem indulgetur. Quanto magis ergo indulgebitur contra novercam, quæ, ut ridicule quidem sed vere *Accursius* ait, quasi nocens arcus vel nova arca sine fructu dicta plerumque privignis nocet. Quamobrem sic responderunt JCti Vitembergenses mense Maio anni CIↃ IↃ CC XI. Klägere suchen in dem Fall, da Beklagte ihre Stiefmutter, sich mit einem zwischen sie und die Vormünder aufgerichteten Vergleich schützen solte, dawider restitutionem in integrum. Beklagte wendet fürnemlich ein, daß die restitutio in integrum wider sie, als Mutter, nicht statt finde. Alldieweil aber *Lex* 2. *C. Qui & adversus quos* nur von denen natürlichen Eltern, welchen man eigentlich reverentiam schuldig ist, keinesweges aber von andern, als parentibus adoptivis, vielweniger von Stief-Eltern, welche uns bloß mit Schwägerschaft verbunden seynd, verstanden werden muß ꝛc.

II.

Judex, qui, petita contra rem judicatam restitutione in integrum, sententiam suam tamen exsequitur, attentatum non committit.

 Gravi-

Graviter nobis obstare videtur L. *un. C. In integrum restiutione postulata, ne quid novi fiat & l. 32. C. de Transactionibus.* Contra e nostris partibus stat Pontifex in *c.* 6. *X. de in int. restit.* Quæ jurium pugna, dici non potest, quantam Doctorum inter se pugnam excitarit, aliis simpliciter, restitutione in integrum postulata executionem suspendi, affirmantibus, quorum largum indicem exhibet *Philippi ad Decis. Elect. Sax.* 15. *Obs.* 1. *n.* 4. aliis simpliciter negantibus, quorum nomina recenset *Idem n* 6. aliis per varias distinctiones rem involventibus, quorum opiniones refert *Carpzov. lib.* 2. *Resp.* 94. *n.* 7. Nobis sic videtur. Re vera jus canonicum juri civili non contradicit, sed saltem limitationem addit. Firma nempe manet juris Romani regula, quod restitutio in integrum executionem suspendat. Repetit hanc tacite Potifex, sed adjicit, nisi præsumtio aliqua adsit, quod restitutio temere ad extrahendam litem petatur, aut æquitatis ratio aliud suadeat. Igitur res tota arbitrio judicis relinquitur, qui, quando causa petitæ restitutionis clara aut admodum tamen verosimilis est, exsequi sententiam non debet, quando vero illa dubia & altioris indaginis videtur, executionem recte peragit, ne malitiis hominum indulgeatur. Consentit nobiscum *Carpzovius in processu tit.* 19. *art.* 4. *n.* 24. *sqq.* Et sic JCti Helmstadienses sæpe responderunt. Afferemus saltem duo novissima exempla, alterum ex mense Januario anni CIↃ IↃ CCXVI. ubi judicem & actorem a crimine attentati, cuius insimulabantur, liberarunt: Anfänglich suchen Beklagte aus der von dem Pfarrer zu Alach unternommenen Occupation der streitigen Aecker ein Attentatum zu machen und bitten solche zu revociren, unter dem Vorwande, daß dieselbe währender gesuchten Restitution, welche ein Remedium suspensivum sey, geschehen; Alldieweil aber das Urthel in Kraft Rechtens ergangen, und die darauf ex capite instrumentorum

novi-

noviter repetorum gesuchte Restitutio in integrum dem Richter keinesweges die Hände bindet, daß selbiger nicht, wenn er es billig findet, ohne Gefahr eines Attentati das gesprochene Urtheil zufoderst exsequiren könne; So haben wir auf die gebetene Revocation des vermeintlichen Attentati kein Absehen richten mögen; alterum ex mense Augusto eiusdem anni, ubi ipsi cognitionem de restitutione petita tantisper distulimus, donec rei judicatæ esset satisfactum: Daß Beklagte die eingehobenen 462 Rthlr. wieder heraus zu geben schuldig, hingegen mit der vorgeschützten Restitutione in integrum zum absonderlichen Process zu verweisen seynd; additis his rationibus: Es seynd die pro obtinenda restitutione in integrum angeführten Gründe dergestalt nicht beschaffen, daß man solche vor hinlänglich, ein rechts-kräftiges Urtheil umzustossen, erkennen könnte. Demnach und da diese gesuchte Restitution über die Massen illiquid, und einer weitern und gründlichern Ausführung bedarf, so mag selbige Klägern an Prosequirung seines ex re judicata herfliessenden klaren Rechtes nicht hinderlich seyn, sondern muß allenfals, wenn Beklagte damit in Ruhe zu stehen nicht gemeynet, in separato ausgeführet werden.

III.

Is, qui in processu contra lapsum fatalium restituitur, expensas adversario restituit.

Paradoxon hoc videbitur nonnullis, victorem, seu eum, qui restitutionem in integrum, contradicente adversario, obtinet, in expensas condemnari. Sed ita tamen est. Scilicet qui in integrum restituitur contra lapsum fatalium, vel ipse vel advocatus eius negligentiam vel culpam saltem aliquam admisit. Quamvis igitur culpa illa ei per restitutionem in integrum remittatur, justum tamen est, ut damnum, quod inde proficiscitur, in ipsum potius, quam in adversarium, redundet. Consentit nobiscum *Rivinus in*

Enunciatis juris tit. 20. *n.*103. *& Lyncker Decisione* 969. Et secundum eam sententiam pronunciarunt JCti Vitembergenses mense Januario anni CIↃ IↃ CCXII. Es bleibet, der eingewandten Supplication ungeachtet, bey dem am 11. Nov. des 1711ten Jahres ertheilten Bescheide billig, jedoch mit dieser Erklärung, daß Klägers Principalen Beklagten die durch die gesuchte Restitutionem in integrum verursachte Unkosten, nach vorhergehender deren Liquidation und unserer Ermäßigung, zu erstatten schuldig. Similiter Helmstadienses mense Julio anni CIↃ IↃ CC XVI: Daß Beklagter zwar wider das ihm beygemessene Versäumniß, vorkommenden Umständen nach, in integrum zu restituiren, und zu Abschwörung des ihm deferirten Eydes annoch zu lassen, gleichwol wegen seines mit unterlaufenden Versehens alle von fol. 5. an bis jetzo verursachte Unkosten Klägern zu erstatten schuldig.

IV.

Milites ex ignorantia juris lapsi in integrum restituuntur.

V.

Privilegia militibus Romanis tributa nostris quoque competunt.

Jus Romanum milites ex ignorantia juris lapsos in integrum restituere, incognitum nemini est. Exstant ea de re leges plurimæ. Præcipuæ sunt L. 1. C. *de juris & facti ignorantia & l.*22. *pr: C. de Jure deliberandi.* Sed cum his nobis jam maxime lis est, qui hoc & cetera militum Romanorum privilegia apud nos usum habere negant. Dicunt scilicet, nimium esse inter Romanam nostramque militiam discrimen, quam ut illius jura ad hanc possint accommodari. Putant cum *Forstnero ad Tacitum p.* 338. romanos exercitus a nostris differre, quod navis, quæ probatis trabibus est compacta, ab ea, quam intempestive excisæ arbores, & corrupta non pensatis vitiis ligna componunt. Nam, ut idem *Forstnerus p.* 56. modum legendi milites

milites apud nos receptum describi, ubi primum strepit tympanum concurrunt misselli, ignoti inter se ignorantesque, purgamenta urbium suarum, gulosi maximi, mulierum moechi, laborum fugientes, & nomina sua in militiam profitentur; non sane, quod alios præda onustos domum reduces viderunt, quippe maxima pars aut in illo carnis humanæ macello cæditur, aut nudo corpore, detritis tegminibus, & gladio in scipionem mutato redit, sed sive fatali vecordia, siva ignavia eunt, non in hostem, sed hospitibus tantum metuendi, & in rusticorum gallinaria egregiam pugnam edituri. Vide plura de hoc discrimine apud *Jan. Gruter. ad Livii lib.* 1. *cap.* 31. Quæ omnia Senatum supremum Parisiensem permoverunt, ut, teste *Mornacio ad l.* 40. *ex quibus causis maiores*; pronunciarit, *militiæ Romanæ privilegia militibus nostris, nimirum a vetere illa militari disciplina alienissimis non competere.* Quam sententiam deinde multi alii secuti sunt, imprimis famosi illi legum Romanarum subversores, qui olim jurisprudentiam apud Gallos Belgasque turbarunt, atque novitate doctrinæ suæ asseclas ab initio invenerunt, nunc tandem auctoritatem suam obsolescere non sine stomacho mirantur. Hi, inquam, nihil intentatum relinquunt, quo militibus nostris & cetera juris Romani beneficia & hanc quoque restitutionem in integrum extorqueant. Non extorquebunt tamen. Superest adhuc eadem ratio, quæ Romanos legumlatores olim ad tribuenda ista beneficia induxit, utilitas nempe & necessitas reipublicæ, magnitudo periculorum & multitudo molestiarum. Sed, ais, in modo legendi & sanctitate disciplinæ insigniter differunt. Et hoc falsum est, imprimis quod ad disciplinam. Errant enim, qui exercitus Romanorum veterum pie semper, sobrie, juste, casteque vixisse, nostros vero furum & latrunculorum tantum gregem esse, autumant. Errant inquam. Nullum

lum hac in parte inter nostros priscosque milites discrimen. Tota res ex disciplina ducum militarium dependet. Nihil militibus Romanis licentiosius, nihil dissolutius, nihil ignavius, nihil libidinosius, si ducem talem nanciscebantur, qualis Sp. Albinus apud *Sallustium in Bello Jugurth.* qualis Piso apud *Tacitum Annali II. c.* 55. qualis Vitellius apud *eundem Histor. lib.* 2. *cap.* 87. erat, aut si dux severior morbo implicitus disciplinam servare non poterat, cuius rei exemplum *Livius lib.* 28. *cap.* 24 habet. Contra nostri milites, ducem sanctum asperumque paulo adepti virtute, abstinentia, vigilantia, integritate Romanos etiam supergressi sunt. Nec opus est ad superiora secula recurrere. Vidit nostra ætas Saxonem militem sub Augusto Poloniarum rege in Pomerania, hostili terra, plus quam amice vivere. Vidit eadem Ludovicum Badensem & Eugenium Sabaudum milites suos arctissima disciplina continentes. Sed fac etiam, Romanos hac in parte nobis superiores esse. Propterea tamen privilegia ista non cessabunt, quæ non propter disciplinam militarem, sed, ut supra diximus, ob pericula & incommoda reipublicæ causa subeunda, tributa sunt. Consentiunt nobiscum ex peregrinis & domesticis scriptoribus plurimi, *Oddus de Restit. in int. p.* 1. *q.* 10. *n.* 44. *Trentacinq. l.* 2. *Ref.* 1. *n.* 49. *Ziglerus de Privilegiis militum* §. 37. *Carpzovius*, *Gudelinus*, *Brunnemannus*, *Strykius*. Agitata fuit hæc quæstio in Collegio JCtorum Helmstadiensium mense Januario anni CIↃ IↃ CC XV. Nempe miles quidam pacta dotalia condiderat cum uxore. Impugnabantur hæc ex statuto loci, quod omnia pacta irrita declarabat, in quibus nihil in pauperum vel piorum locorum favorem esset dispositum. Ignoraverat hoc statutum miles, atque nunc contra id in integrum restitutio ex parte militis petebatur. Quam etiam ei indulsimus sequenti responso: Hat der Capitain Alexander mit Berenicen eine Ehestiftung in vim Contractus aufge-

aufgerichtet. Weilen aber in besagter Ehestiftung, der von dem Rath ausgegangenen Verordnung zuwider, dem Waysenhause und zu Besserung Wege und Stege nichts beschieden worden, so wird gefraget, ob nicht militair-Personen sich mit der Unwissenheit eines solchen Statuti zu schützen vermögen. Wiewol nun die Rechte einem jeden, also auch denen Soldaten, bekannt seyn sollen und die ignorantia juris niemanden zu statten kommt; Alldieweil aber ein Soldat, so die Rechte nicht verstehet, und dawider etwas versiehet, propter simplicitatem armatæ militiæ, wie *Lex 1. C. de Juris & facti ignor.* redet, entschuldiget wird, dieses privilegium militare auch noch heut zu Tage gültig ist; So mag eine militair-Person sich wider angeführtes Statutum mit der Unwissenheit gar wohl schützen.

VI.

Heres ex persona defuncti in integrum restituitur, tametsi ex sua persona id beneficium non habeat.

Hæc quoque quæstio in eodem quem modo memoravimus, casu ventilata est. Cum enim miles, de quo diximus, decessisset, heredes eius, qui milites non erant, ex capite igorantiæ juris contra omissam a defuncto in pactis dotalibus solemnitatem in integrum restitui petebant. Et dubitabatur ab initio, quod beneficium hoc personale sit maxime, adeoque ad heredes transire non videatur. Sed decisa est res ex *L. 18. §. 5. de Minoribus & l. 6. de in integr. restit.* in qua ultima successor militis expresse in integrum restituitur. Sic itaque eodem tempore respondimus: Wiewol die Restitutio in integrum allhier, da der Capitain Alexander nicht mehr lebet, und dessen Erben keine Soldaten seynd, nicht statt zu finden scheinet; Alldieweil aber die Restitutio in integrum ex persona defuncti auch denen Erben, ungeachtet selbige vor ihre Person dieses beneficium nicht begehren könten, zustehet; So mögen auch einer Militair-Person Erben sich wider angeführtes Statutum mit der Unwissenheit gar wohl schützen.

VII.

Restitutio in integrum, quam quis a principe sine justa causa in præjudicium tertii impetrat, irrita est.

Posse principem ex mera gratia in integrum restituere, non dubitamus. Ast hæc potestas eius ad causas tantum criminales pertinet, in quibus princeps pro lubitu nocentissimos a pœnis meritis absolvit & juste in exilium eiectis patriam & bona adempta reddit. Non potest autem sine summa iniquitate eadem facultas ad causas civiles proferri. Cum enim omnis restitutio rescissionem negotii per se validi & juris jam adquisiti contineat, iniustum profecto foret, hoc sine omni causa saltem ex singulari erga alterum benevolentia facere. Huc pertinet *Lex 4. C. de Emancipationibus*, quæ in cuiusquam iniuriam beneficia tribui debere negat. Sed omnium clarissima est L. 7. *C. de Precibus imperatori offer.* ubi imperatores: *Rescripta*, inquiunt, *contra jus elicita ab omnibus judicibus refutari præcipimus; nisi forte sit aliquid, quod non lædat alium & prosit petenti, vel crimen supplicantibus indulgeat.* Est vero sine dubio tale rescriptum, quo restitutio indulgetur, contra jus, dum leges in isto ipso casu cessare jubentur. Ergo cum noceat adversario, refutandum est a magistratu, cui exhibetur. Neque hoc tunc saltem verum esse putamus, cum restitutio in integrum contra contractum obtinetur, sed etiam, cum in processu contra lapsum fatalium, veluti termini probatorii, impetratur. Nolunt enim principes rescriptis suis justitiæ cursum interrumpere, atque adeo supplicari sibi, causa pendente, vetant. Atque secundum hanc sententiam nostram recordamur illustre aliquod in Saxonia judicium judicasse & irritam declarasse restitutionem, quam quis, qui terminum probatorium per meram contumaciam elabi passus erat, nullamque excusationem afferre poterat, impetrarat.

COROL-

COROLLARIA.

1 Negant aliqui, restitutionem in integrum locum habere, cum eius, qui læsus est, culpa intercessit. Ast nos hunc quoque, qui in culpa est, restitui posse putamus.

2 Restitutio gratiæ soli principi competit. Igitur judex inferior nequit pœnam relegationis aut aliam dictatam in mulctam pecuniariam convertere.

3 Commissarius, cui causæ decisio committitur, in integrum restituere potest, etsi hoc sigillatim ei mandatum non sit *L. 3. C. Ubi & apud quem cognitio.*

SPECIMEN LIIX.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. IV. TIT. II.

DE

M E T V

PVBLICE DEFENSVM

A

JOACHIMO CHRISTIANO Hoffmann,

JEVERA - FRISIO.

D. XXXI. MART. ANNI CIↃ IↃCCXVII.

I.

Metus justus est, etsi malum non in continenti immineat, sed longius adhuc absit.

II.

Metus, quem minæ nullæ præcesserunt, vanus est.



Ad metum justum & legitimum Ulpianus *in L. 9. pr. Quod metus causa* requirit, ut sit præsens. Quis vero præsens metus dicatur, non satis explicant interpretes. Plerique propriam vocis significationem secuti, imminens aliquod & instans malum desi-

derant, nec sufficere putant tale, quod e longinquo quasi ostendatur. Cum his tamen ego non sentio, sed metum etiam futurum, &, qui interiecto longiore intervallo demum effectum sit habiturus, iustum esse posse credo. Nam hoc recta ratio satis indicat, malum futurum, si modo certum & inevitabile sit, tametsi longe adhuc absit, voluntatem constringere & libertatem consensus tollere. Ipse hoc agnoscit Ulpianus. Quapropter *in L.* 1. *Quod metus causa* metum definit mentis trepidationem instantis vel futuri periculi causa. Vide quoque *L.* 27. §. 1. *Locati*, ubi metus iustus dicitur, quamvis periculum re vera non subfuerit, sed subesse ex verosimilibus causis creditum sit. Alia itaque Ulpiani mens est, dum metum præsentem requirit. Intelligit videlicet malum repræsentatum seu intentatum, eine angedrohete Gefahr, eodem sensu, quo *Curtius Lib.* 9. *Cap.* 7. *n.* 7. periculum præsens, id est, quod milites minabantur, dicit. Excludit ergo a restitutione ex capite metus eos, qui nullis præcedentibus minis ob conditionem saltem, crudelitatem vel potentiam eius, cum quo negotium iis intercedit, malum aliquod futurum suspicantur. Hanc Ulpiani sententiam esse, manifesto ex verbis sequentibus *d. l.* 9 apparet. Sic enim Ulpianus ibi: *Metum*, ait, *præsentem accipere debemus, non suspicionem inferendi eius; & ita Pomponius Lib.* 28. *scribit: ait enim metum illatum accipiendum, id est, si illatus est timor ab aliquo.* Juvat hanc explicationem Paulus *in L.* 21. *pr. Quod metus causa*, ubi ei, qui metum sibi ipsi infert, restitutionem denegat. Atque sic JCti Vitembergenses mense Februario anni CIƆ IƆ CC XL responderunt: Hat der Verwalter eines unter der Stadt Görlitz Gerichtsbarkeit gelegenen Guthes einen jungen Bauer, Nahmens Adam Voigten, zu den Gerichten in Beyseyn des Richters und der sechs andern Gerichts-Personen vereyden lassen; Da denn diese letztere Anfangs mit gemeldetem Voigten zufrieden

gewe-

gewesen, nunmehro aber in Betrachtung, daß er sich ehemahls durch ein begangenes Stuprum, dessen er sich wegen eines mit der Stuprata aufgerichteten Vergleiches selbst schuldig bekennet, anrüchig gemacht, nicht länger bey ihm sitzen wollen. Verlangen dannenhero zu wissen, ob derselbe seine Gerichts-Stelle wiederum könne entsetzet werden rc. So seynd die übrigen Gerichts-Personen, da sie einmahl diesen Adam Voigten angenommen, ihm die Hände gegeben und Glück gewünschet, ihn nunmehro wegen seiner bereits damalen bekannt gewesenen infamiæ zu verwerfen und aus ihrem Mittel zu stossen nicht befugt, inmassen sie sich denn damit, daß sie solches aus Furcht für dem Verwalter, als einem hitzigen, jachzornigen Mann, der öfters mit Säbel und Pistolen zu drohen und sich sehen zu lassen pfleget, gethan, keinesweges zu entschuldigen vermögen, in Betrachtung, daß eine rechtmäßige Furcht præsens & ab armato intentata seyn muß, anderer Gestalt aber vor unzulänglich ad petendam restitutionem geachtet wird.

III.

Aliquando tamen metus, quem nullæ minæ præcesserunt, justus esse potest, si quidem de periculo imminente aliunde certo constiuit.

In præcedente meditatione regulam stabilivi. Non exceptionem afferam. Suggerit hanc Ulpianus *in L. 3. Ex quibus causis maiores* ubi, quis sit justus metus, ex affectu metuentis intelligi debere, dicit, additque tandem: *Sed huius rei disquisitio judicis est.* Quod igitur leges ipsæ arbitrio judicis relinquunt, eidem non adimendum, sed libertas illi danda est, talem quoque terrorem legitimum pronunciandi, quem quis, etsi nullæ præcesserint minæ, circumstantiis & verosimilibus argumentis inductus sponte concepit, atque sibi ipsi quodammodo intulit. Exemplis sententiam hanc confirmabo: Unum ex *Martialis Lib. XI. Epig.* 59. petam:

 Quid

Quid si me tonsor, cum stricta novacula supra est,
Tunc libertatem divitiasque roget?
Promittam, nec enim rogat illo tempore tonsor,
Latro rogat, res est imperiosa timor.
Sed fuerit curva cum tuta novacula theca.
Frangam tonsori crura manusque simul.

Nullæ hic minæ. Tonsor, dum officium suum facit, dum barbam radit, & novaculam eius rei causa jugulo admovet, dona ingentia flagitat. Is, qui raditur, metum mortis concipit, & daturum se pollicetur. Putaverim, hunc in integrum restituendum. Justissimam enim causam habuit timendi, fore, ut tonsor repulsam exitio recusantis vindicaret. Addam aliud exemplum, de quo ipse privatim aliquando consultus fui. Condemnatus quis a supremo potentis principis judicio fuerat. Provocare igitur ad suprema Imperii tribunalia debuisset. Sed noverat, omnes, qui appellationem olim tentarant, male mulctatos & in vincula coniectos. Notarii quoque, quos implorabat, eodem periculo territi nolebant operam impertire. Inter hos metus & cunctationes effluit tempus appellationibus faciendis præfixum. Obstare quoque illi videbantur *L. 1. & 2. C. de his, qui per metum judicis non appellarunt.* Credidi tamen, in integrum restituendum esse, quod, etsi nemo illi quidquam minatus esset, exemplis tamen, quæ ante contigerant, satis de certitudine periculi sibi imminentis convincebatur.

IV.

Metus pœnarum, quo magistratus coniuges discordes ad conciliationem & transactionem ineundam adigit, justus est.

Equidem nondum obliti sumus eorum, quæ *in Sp. XLVI. de Transactionibus Coroll. 2.* diximus, litigantes invitos a judice ad transigendum compelli non debere. Excipiendam

dam tamen putamus conciliationem coniugum discordium. Hanc sæpe detrectat alterutra pars, quæ offensam se dicit, omnesque pacis conditiones & a judice propositas & ab altera parte oblatas præfractæ respuit atque separationem coniugii pertinaciter urget. Faciunt hoc imprimis uxores, cum sævitiam maritorum accusant. Videas hic sæpe maritos culpam fateri, precari veniam, reditum coniugis orare, cautionem de non offendendo offerre. Nihil his movetur uxor, ridet preces, spernit judicis monita, &, ut cum poeta loquar,

Illa velut rupes, vastumque prodit in æquor,
Obvia ventorum furiis expostaque ponto,
Vim cunctam atque minas perfert cœlique marisque,
Ipsa immota manens.

Quid faciendum hic putas judici? Communiter quidem DD. *cum Martini in Processu tit.* 1. §. 2. *n.* 78. transactionem tentanti magistratui persuasiones & incitamenta non etiam comminationem pœnarum permittunt. At hoc casu permitti illa debet. Cum enim coniuges vitæ communionem sine justa causa detrectantes mulcta, carcere, relegatione ad eam compelli queant: Testibus *Carpzovio in Jurisprud. Ecclesiast. Lib.* 2. *def.* 207. *&* 208. *& Brunnemanno in Jure Ecclesiast. Lib.* 2. *c.* 17. §. 31. multo magis comminari huiusmodi pœnas ad inducendam transactionem licebit. Quodsi ergo minis his ad transigendum compulsi sunt coniuges, transactionem eam tanquam metu initam rescindere non possunt. Neque enim restitutio indulgetur contra vim a magistratu recte illatam *L.* 3. §. 1. *Quod metus causa.* Atque sic responderunt JCti Helmstadienses mense Augusto anni CIϽ IϽ CC XVI: Ob wol Beklagte durch die abgehörte Zeugen beygebracht, daß Kläger sie ziemlich grob und hart mit Worten und Wercken tractiret, hiernächst wider den mit ihm eingegangenen Vergleich einwendet, sie sey zu selbigem durch die Furcht der

gedroheten Strafe gezwungen worden, wannenhero sie von Klägern auf Tisch und Bette geschieden zu werden verlanget: Alldieweil aber in Consistoriis und geistlichen Gerichten, dafern die Sävitien nicht gantz unerträglich seynd, nicht alsofort zum erstenmahl auf die Scheidung von Tisch und Bette erkannt, sondern die Partheyen zur Versöhnung und künftigen Verträglichkeit durch gütiges Zureden angewiesen, und, da dieses nicht verfangen will, durch Strafen angehalten werden sollen, also die angegebene Furcht den aufgerichteten Vertrag nicht umstossen kan, indem solche nicht unrechtmäßig gewesen, sondern die Drohungen von dem geistlichen Gerichte nach denen Rechten und Landes-Gesetzen geschehen, in übrigen aus einem und dem andern Umstande auch ein wenig Bosheit auf Seiten der Beklagten hervorleuchtet; So ist sie allerdings schuldig, wieder zu ihrem Mann zu kehren, und wird bey fernerer Verweigerung durch gebührende Zwang-Mittel darzu angehalten.

V.

Is, cui per metum legitimum promissio extorquetur, servare eam debet, tametsi ante solemniter protestatus sit, se nolle obligari.

Vix ulla celebrior in hoc argumento controversia est, quam super famoso illo pacto Madritiano, inter Carolum V. Cæsarem & Franciscum I. Galliarum regem tunc captivum inito. Magnopere id oppugnant Galli tanquam metu illegitimo extortum, contra nostri non minore contentione tuentur. Et operæ pretium foret, rem hanc penitius considerare, nisi pleraque jam occupasset, docteque, ut solet, ac eleganter excussisset *Gundlingius de Efficientia metus c. 2. §. 19 seqq.* Unam ille omisit rationem, quam Galli nonnulli vehementissime urgent, & in qua summa confidentia nituntur. Aiunt scilicet, Franciscum in Hispanica custodia sæpe antea, quam pactioni subscriberet, se ea, quæ polli-

polliceretur in isto rerum statu, postea tamen nunquam præstiturum. Neque affirmavit hæc saltem simpliciter, ut *Perizonius in Commentariis rerum ab ineunte seculo sexto decimo usque ad Caroli V. mortem gestarum p.* 150. sentire videtur, sed solemnem etiam protestationem ea de re paucis ante, quam signaret pacis tabulas, momentis interposuit, quæ exhibetur *dans le Grand Recueil des Traitez de Pais imprimé a la Haye en* 1700 *Tom. II. p.* 107. Sunt equidem inter nostros, qui de integritate eius protestationis dubitant, atque illam longe post, anticipato saltem in subscriptione die, confectam credunt. Sed fac etiam, veram & eo, quod subscriptio præ se fert, tempore interpositam fuisse. Numquid per illam Franciscus a promissione sua liberatur? Non putamus. Equidem nolumus cum aliquibus nostrum asserere, Franciscum tum extra omnem metum positum fuisse. Longior enim carcer, quem Cæsar subscriptionem detrectanti haud dubie minabatur, non poterat non terrorem incutere captivo. At is terror non iniquus erat, quemadmodum alii ante nos ostenderunt. Igitur quæ per illum extorquebat Carolus, valebant. Nec poterat vim promissorum clandestina sua protestatione eludere Franciscus. Hæc enim non magis attendenda erat, quam, si in contractu quodam sponte inito intervenisset, ubi nemo dubitat illam nullius momenti esse.

VI.

Princeps, qui metu inductus cum civibus suis paciscitur, obligatur.

Periculosa videtur hæc quæstio, quam & *Gundlingius* in memorato *de Efficientia metus* Libro c. 2. §. 33 *sqq.* vix tangit, atque, ne quid dissimulemus, fere indecisam relinquit, ita tamen, ut sagatioribus facile appareat, in quam ille partem inclinet. Nos, qui cum eo sentimus, saltem, quæ ille dubitantius & timidius asserit, aperte eloquemur.

Prin-

Princeps ſcilicet pactiones cum civibus initas metus obtentu reſcindere nequit. Nec intereſt, bello præſente & armis petitus quid polliceatur, an metu futuræ ſeditionis atque tumultuum inductus. Nam, quod ad prius attinet, cives, dum arma ſumunt, etſi contra officium ſuum faciant, eo ipſo tamen vinculum, quo conſtringebatur, excutiunt, cives eſſe deſinunt, & hoſtium perſonam induunt. Igitur, quæ in bello cum externis hoſtibus geſto juris ſunt, hic quoque obtinent. Nec obſtat nobis, quod eius tamen belli initium iniuſtam ſit. Sæpe enim & ea, quæ ab exteris inferuntur, bella ſine juſta cauſa ſuſcipiuntur. Atque tamen pacta in illis extorta ſervari oportet. Deinde non omnis metus irritas reddit conventiones, ſed is tantum, qui præſente terrore animum turbat atque libertatem conſenſus tollit. At cum bellum geritur, partibus longum ſatis ſpatium colligendi animum, deliberandi, &, quid e re ſua ſit, diſpiciendi datur. Itaque, quæ tunc ſtatuuntur, non ſine libertate aliqua fiunt, nec ex trepidatione mentis profecta dici poſſunt. Unum fortaſſis nobis obiicient diſſentientes, doctrinam videlicet hanc iniuriam eſſe in principes. Sed profecto non eſt. Quin imo nullorum magis intereſt, quam principum, pacta huiusmodi ſervari, atque perſuaſionem de irrita illorum fide, qua cives ſæpe ad deſperationem adiguntur, ex animis evelli. Peſtilentiſſima quippe eſt illa opinio, & non pauca regna peſſumdedit, qua credunt homines, his, qui ſemel bellum contra principem ſuum occeperunt, ſpem omnem veniæ abiiciendam atque in armis moriendum eſſe, ſive, ut Galli hoc eleganter apud *Bayle in Dictionario art. Furius lit.* D. efferunt, *qu' après avoir tiré l'épée contre ſon Prince il faut jetter le fourreau.* Quamobrem, ſi hiſtoriarum monumenta excutias, pactiones iſtiusmodi nunquam a bonis principibus violatas fuiſſe, animadvertes. Inter antiquos Senatum Romanum nomi-

nominabimus, singulare illud, si priora post eiectos reges secula spectes, iustitiæ exemplum. Quam gravia illi pacta plebs per secessiones & tumultus suos extorserat. Atque tamen contravenire iis ausus non est. Pacem & fœdus, quod maiores nostri cum Helvetiis, subiectis olim Germaniæ, postea rebellibus, pepigerunt, adhuc hodie servamus. Nec Hispani nec Austriaci turbant pactiones cum Lusitanis & Belgis, qui manifeste ab eorum imperio desciverunt, initas, sed tanquam cum liberis populis agunt, & filias suas eorum regibus in matrimonium collocant. Barcinocenses usque ad nuperum excidium servarunt privilegia, quæ rebelles & armati a rege suo anni CIↃ IↃ C LII. impetrarant. Nec Augustum nostrum Carolum quidquam contra leges pacis cum Hungaris subiectis suis factæ tentare audimus. Equidem duo nobis objicit exempla Gundlingius, alterum Mariæ Scoticæ, quæ regnum, quod coacta eieraverat, resumere conata est, & Friderici III. Imperatoris, pactionem Maximiliani cum Brugensibus initam in solemni procerum imperii conventu discutiendam, ac pro re nata rescindendam judicantis. Sed ea nos non movent. Nam Maria ex custodia, qua tenebatur, elapsa est quidem & invenit etiam, ut solet fieri in civilibus bellis, asseclas, qui privatis affectibus odiisque ducti ei assensere. At nec melioris nobilitatis consensum impetravit, nec regnum recuperavit Elisabethæ Angliæ reginæ, ad quam victa confugit, & apud quam lis hæc acriter disceptata est, causam suam probavit, uti pluribus exponit *Thuanus Historiarum libro* 43. Alterum Maximiliani exemplum nobis potius favet. Nam quæ Fridericus III. quem pacta filii utique non obstringebant, egit, huc non pertinent. At Maximilianum ipsum pro Brugensibus apud parentem intercessisse, conditionesque cum illis pactas servare voluisse, memorant *auctores* des Spiegels der Ehren des Erzhauses Oesterreich *lib.* 5. *cap.* 38. Quæ cum ita

 sint,

ſint, minus excuſari poſſunt principes, qui metum futuræ ſeditionis & incertorum adhuc tumultuum perfidiæ ſuæ prætexunt, atque jurata ſæpius pacta ex hac inani ratione ſubvertunt. Nihil indignius eſſe poteſt, quam, quod *Ludovicus Ellies du Pin in Nova bibliotheca ſcriptorum Eccleſiaſticorum tom.* 15. *p.* 390. Henricum IV. Galliarum regem ad edendum Nannetenſe edictum coactum eſſe ſcribit neceſſitate malique maioris metu, atque ita innuit, ſublata hac neceſſitate, regis quoque obligationem exſpiraſſe, præterquam enim, quod Henricum, favore magis quam metu inductum, Hugonottis privilegia dediſſe, incognitum non eſt, is ipſe etiam metus, ſi quis in regem imperterritum cecidiſſet, vanus fuiſſet, nec cauſam reſcindendi pactionem dare potuiſſet.

COROLLARIA.

1 Qui metu adactus quid jurato promittit, ſimulque, ſe abſolutionem ab hoc jurejurando non petiturum pollicetur, nihilominus in integrum reſtitui debet. Vide *Schilteri Exerc.* 49. *§.* 180.

2 Qui injuſtum carcerem paſſus eſt, etſi dimiſſus urphedam, ſeu jusjurandum de vindicta non ſumenda, præſtiterit, in judicio tamen recte experitur contra eum, qui in vincula eum conjecit. Nec opus eſt, ut prius relaxationem jurisjurandi obtineat, cum jusjurandum illud privatam ſaltem, non publicam, vindictam excludat *c.* 16. *X. de Jurej. Carpz. P.* 2. 36. *def.* 5.

3 An metus creſcentis potentiæ juſta ſit belli inferendi cauſa, quæritur. Ait *Gundlingius in Gundlingianis Part.* 5. *Obſ.* 1. Nos contrarium tuebimur, atque monebimus, nullum ex his, quæ ille *in §.* 28. pro ſtabilienda ſententiæ ſuæ praxi affert, exemplis huc pertinere. Cuncta enim eo collimant, poſſe quem principi, a præpotente adverſario invaſo vel oppreſſo, ſuccurrere. Id quod nobis extra controverſiam poſitum videtur.

SPECI-

SPECIMEN LIX.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. IV. TIT. III.
DE
D O L O
PVBLICE DEFENSVM

A

JOACHIMO CHRISTIANO Hoffmann,

IEVERA-FRISIO.

D. I. MAI. ANNI cIↄ Iↄ CCXVII.

I.

Dolo bono ſeu ſolertia lucrum ſibi parare, ex regulis æqui & boni improbatur, legibus vero civilibus permittitur.

II.

Reticere in contractu, quod alterum ſcire intereſt, jure civili aliquando licet.



Cti veteres, ex quorum libris Pandectæ noſtræ conſarcinatæ ſunt, ſi vel maxime, ut communis fert opinio, Stoicæ philoſophiæ ſe addixerunt, non tamen Zenonis & ceterorum, qui ſectam illam primi ſtabiliverunt, rigorem per omnia ſequuntur. Mitius certe de affectibus, de bonis & malis, aliisque capitibus nonnunquam philoſophantur. Imprimis vero de dolo, ſimulatione & aſtutia remiſſius agunt. Damnant aſtum & ſimulationem omnem Stoici. Contra noſtri diſcrimen inter dolum malum & bonum probant, atque licitum putant, per diſſimulationem deſervire & tueri vel ſua

vel aliena L. 1. §. 2. *&* 3. *de Dolo malo*, atque in pretio emtionis & venditionis se circum venire. L. 16. §. 4. *de Minoribus.* Sed hanc, quæ inter JCtos & philosophos intercedere videtur, pugnam, optime conciliat *Cicero lib.* 3. *de Officiis n.* 68: *Aliter*, inquiens, *leges*, *aliter philosophi tollunt astutias*; *leges*, *quatenus tenere manu res possunt*, *philosophi quatenus ratione & intelligentia.* Scilicet non est verosimile, JCtos æqui bonique studiosissimos regulis æquitatis conveniens reputasse astutia seu, si mavis, solertia nostra eum, cum quo contrahimus, in errorem inducere, atque ex eo ipso errore aliquod emolumentum percipere. Igitur, si tanquam philosophi officium boni viri definire debuissent, damnassent sine dubio solertiam hanc, & bono viro ab eadem abstinere & aperte atque simpliciter cum altero agere consuluissent. At tanquam JCtos aliter loqui oportuit. Nequeunt leges civiles ad vivum omnia resecare. Multa, ut Paulus in *L.* 44. *pr. de Reg. juris* ait, per illas licent, quæ honesta non sunt. Atque in hanc classem etiam referimus solertiam, qua alter contrahentium simulando, dissimulando, inficiando, reticendo, lucrum consequitur, quod, si candide egisset, in alterum fuisset derivatum. Melius hæc inter philosophum & JCtum differentia exemplo Ciceronis illustrabitur. Is aliter de istiusmodi controversiis ex regulis æqui & boni, aliter ex præscripto legum civilium judicat. Audiamus eum primum, cum philosophum agit. Sic autem in *lib.* 3. *c.* 12. *&* 13. *de Officiis*: *Si vir bonus*, inquit, *Alexandria Rhodum magnum frumenti numerum advexerit in Rhodiorum inopia & fame*, *summaque annonæ caritate*: *Si idem sciat*, *complures mercatores Alexandria solvisse*, *navesque in cursu frumento onustas*, *petentes Rhodum*, *viderit*, *dicturusne sit in Rhodiis*, *an silentio suum quam plurimo venditurus? Sapientem & bonum virum fingimus*: *de ejus deliberatione*, *consultatione quærimus*, *qui celaturus Rhodios*

non

non sit, si id turpe judicet. Sed dubitet, an turpe non sit. Non videtur frumentarius ille Rhodios celare emtores debuisse. Neque enim id est celare, quidquid reticeas; sed cum, quod tu scias, id ignorare emolumenti tui causa velis eos, quorum interfsit id scire. Hoc autem celandi genus quale sit, & cujus hominis, quis non videt? certe non aperti, non simplicis, non ingenui, non justi, non viri boni: versuti potius, obscuri, astuti, fallacis, malitiosi, callidi, veteratoris vafri. At idem Cicero quanto remissius apud *Gellium Noct. Att. l.* 12. *c.* 12. philosophatur? *Ignoratis*, ait, *prudentis & cauti patrisfamilias esse, quod emere velit, emturum sese negare propter competitores emtionis.* Nempe hic officium non boni viri & aperti, sed hominis callidi, in suum lucrum intenti & justitiam actionum suarum tantum ex præscripto legum civilium metientis describit. Atque ex his principiis etiam mercator ille Rhodius excusari potuisset. Nempe si honestatem & humanitatem spectes, nihil eorum, quæ scire alterius interest, reticeri a contrahente debet; imprimis, revelanda sunt ea, quæ si apparuissent ab initio, alter vel plane non, vel tamen aliter contracturus fuisset. Contra, si ad leges civiles respicias, vitia tantum & onera rei ipsi, de qua contrahitur, inhærentia indicare necesse est, L.43. §. 2. *de Contrah. emt.* at reticere ea, quæ rem circumstant tantum, non attingunt, atque inde lucrum quærere, pro solertia licita habetur. Ex quibus constat, quid sentiendum sit de casu, JCtis Helmstadiensibus mense Aprili anni CIϽ IϽ CC XIII. oblato. Nuncius Hamburgum affertur, navium Grœnlandiam versus ad capturam balænæ missarum irritum laborem fuisse. Accepto hoc nuncio sed callide dissimulato, mercator Hamburgensis Bremam ad institorem suum confestim scribit, oleumque omne ex balænis expressum coemi jubet. Nec mora. Adit institor mercatores Bremenses, licetur oleum omne, quod habent. Hi vero spe navium

mox rediturum & novi, quod illæ apportaturæ sint, olei decepti, vetus & rancidum jam oleum læti modico admodum pretio vendunt. Firmato vix contractu & signato instrumento, literæ Hamburgo per tabellarium ordinarium afferuntur, quibus venditores isti certiores de infelici eius anni captura redduntur. Qua re comperta, illi renunciant statim institori emtionem, atque se dolo inductos ex promisso non obligari profitentur. Institor contra cum domino negat, dolum a se commissum, sed, solertiam legibus permissam intercessisse, dicit. Quod & nos arbitrati sumus contractumque illum ex jurium civilium præscripto validum pronunciavimus, quamvis forte, si ex decori & humanitatis regulis lis decidenda fuisset, aliter pronunciassemus. Simile fere exemplum ex Hieronymo Rhodio refert *Diogenes Laertius lib. 1. de vitis philosophorum*, ubi Thaletem memorat, prævisa ex astris insigni olivarum ubertate, olearius officinas cunctas conduxisse maximas ex illis pecunias redegisse. Quod factum etiam ab *Aristotele Polit. lib. 1. cap. 7.* relatum cur inter fabulas ponat *Heumannus in Actis Philosophorum introd. c. 1. §. 8.* causam nullam videmus.

III.

Ebrietas modica irritum non reddit contractum, nisi dolo alterius sit elicita.

Qui de ebrietate agunt scriptores, prætextu eius negotia & pacta inita rescindi posse fatentur, sed tunc demum, cum illa immodica fuit & exilium mentis induxit. Recte quidem ex nostra sententia. Potus enim paulo ultra consuetum largior, tantum abest, ut offundat sensibus nebulas, ut potius easdem discutiat, ingenium acuat, animum inflammet, ex hominibus timidis faciat confidentes, confirmet fluctuantes & ancipites, atque patefaciat dissimulatorum

rum cogitationes. Videas igitur ſapientiſſimos graviſſimosque viros nonnumquam potu ſe liberaliore invitare, nec per eum ſegnes & ad negotia gerenda inhabiles reddi. Nam, ut *Horatius lib.* 3. *Od.* 21. ait.

Narrantur & priſci Catonis
Sæpe mero caluiſſe virtus.

Quare nec maiorum noſtrorum inſtitutum improbamus, qui, teſte *Tacito de Moribus Germanorum cap.* 22. de reconciliandis invicem inimicis, & jungendis affinitatibus, & adſciſcendis principibus, de pace denique ac bello plerumque in conviviis conſultarunt, tanquam nullo magis tempore aut ad ſimplices cogitationes pateat animus, aut ad magnas incaleſcat, nec putamus peccare eos, qui hodie etiam vetus id exemplum ſequuntur. Indigniſſime equidem Germanos propter hunc morem tractat *Michel de Montaigne lib.* 2. *cap.* 2. *Lyvragnerie*, inquiens, *me ſemble un vice groſſier & brutal. Auſſi la plus groſſiere nation de celles, qui ſont aujourdhui*, quo bello elogio Germanos deſignari ipſe in margine indicat, *c'eſt celle la ſeule, qui le tient en credit.* Sed facile hoc convicium ignoſcimus homini Gallo, ruſticitatem & elegantiam ex mulicbribus & delicatulis gentis ſuæ moribus æſtimanti. Scimus tamen, non Germanis ſolum, ſed & exteris familiare eſſe, ut inter pocula de rebus ſeriis deliberent & madidi negotia maxima conficiant. Non admodum diu eſt, ex quo purpuratus magni principis retulit, interfuiſſe ſe concilio legatorum, de rebus ad tranquillitatem & ſalutem totius Europæ pertinentibus conſultantium, ſed primos congreſſus ſolemniter de more inſtitutos, fere irritos fuiſſe, intentis omnibus in ceterorum agendi rationem & ſeſe invicem multata ſollicitudine obſervantibus, atque exiguam ab initio ſpem fellicis exitus affulſiſſe; donec tandem frequentibus conviviis ludisque familiariores effecti & vino nonnunquam concalefacti, poſito ſupercilio,

percilio, negotia publica tractare inciperent, ibi rem optime cessisse, & lites, quæ in sobriis componi von potuerant, inter scyphos a ludibundis sopitas fuisse. Id tamen negari nequit, temulentos aut potius madidos huiusmodi faciliores reddi, atque persuasione sæpe induci ad gerendum quid, quod sicci non suscepissent. Quæ facilitas etsi negotium per se non vitiet, tunc tamen, cum dolo elicita vel captata est ab altero, ei, qui ita circumventus fuit, fraudi esse non debet. Nam, ut *Pufendorfius de Jure naturæ & gent. lib. 3. cap. 6. §. 4.* ait, *si quis ebrietatem captavit, &c, observata alterius facilitate, promissum astute elicuit, ne abs doli quidem fraudisque crimine immunis erit.* Cum igitur JCti Helmstadienses mense Septembri anni CIↃ IↃ CCXVI. de transactione, quam eques quidam cum rusticis suis, liberaliore potu prius invitatis & incautioribus redditis, inierat, consulerentur, irritum eam declarare non dubitarunt: Hat der Consulenten Guths-Herr nebst seinen Vorfahren von undenklichen Zeiten her statt der Dienste ein gewisses Geld erhoben, nachgehends aber die Consulenten durch Berauschung zu Errichtung eines neuen Contracts, worinnen obbesagte Summe über die Hälfte erhöhet worden, gebracht. Entstehet also die Frage, ob beyde beyliegende Contracte denen Rechten nach bestehen können. Weil nun dem aufgerichteten neuen Vergleich der den Consulenten beygebrachte Rausch, welcher, wenn er auch nicht eben so enorm und cum exilio mentis verknüpfet gewesen, gleichwol wegen des von dem Guths-Herrn darzu gegebenen Anlasses in Betrachtung zu ziehen ist, im Wege stehet, und auf keinerley Weise entschuldiget werden mag; So halten wir dafür, daß die von denen Consulenten mit ihrem Guths-Herrn aufgerichteten Vergleiche, vorkommenden Umständen nach, zu Recht nicht bestehen mögen.

IV.

***Dolus**, licet a tertio adhibitus, vitiat contractum, si modo decepto nulla culpa vel negligentia imputari potest.*

Fre-

Frequens est & in libris & in foro quæstio de contractibus, quos quis dolo non alterius contrahentis sed tertii cuiusdam deceptus iniit, valeantne an infirmentur. Et plerique scriptores valere dicunt ac saltem actionem contra eum, qui deceperit, permittunt. Sed res hæc diligentiorem considerationem meretur. Vix autem decisio huius litis ex legibus civilibus desumetur, quæ quippe obiter saltem eam tangunt, ac ab ipsis interpretibus huc illucve pro more trahuntur, ut vel ex *Bargalio de Dolo Lib.* 2. *Div.* 6. *&* *Noodtio de Forma emendandi doli mali c.* 13. *&* 14. apparet. Melius ergo ad rectam rationem & æquitatem recurremus. Quamvis non ignoremus, plerosque etiam ex juris naturæ Doctoribus eo propendere, ut putent, si tertius dolum adhibuerit, non colludente eo, quocum paciscimur, negotium esse firmum. Verum enim vero hoc nobis non satis persuadent. Namque primum dolus ille, sive a contrahente, sive a tertio adhibeatur, impedit consensum & tollit adeo id, quod necessario in omni obligatione requiritur. Deficiente ergo consensu, quomodo promissio sustineri queat, non videmus. Deinde cum quis dolo tertii ad contrahendum inducitur, errat sine dubio. Error autem, siquidem paciscendi, sine culpa eius & negligentia obrepserit, irritum reddit pactum. Quapropter sic tenendum est, Quicquid alias in conventionibus per errorem initis juris est, id quoque in promissionibus dolo tertii cuiusdam elicitis obtinebit, ut scilicet tunc quidem subsistant, cum error, quem tertius dolo suo obiecit, non admodum difficulter, sed adhibita a decepto debita diligentia, removeri potuisset, tunc vero irrita sint, cum error iste quodammodo invincibilis fuit, nullaque circa eum incuria & culpa circumvento imputari potest, seu, quando fraus & dolus, ut *Taciti histor. Lib.* 4. *c.* 24. verbis utar, obscurus & inevitabilis fuit. Consentit nobiscum *Grotius de Jure belli ac*

pacis Lib. 2. *cap.* 11. §. 6. Et hanc sententiam juri quoque Romano convenire, nulli dubitamus. Vide *L.* 6. *de Juris & facti ignor.* Huc pertinet exemplum, quod *Dlugloßius in Historiæ Polonicæ Lib. X. p.* 167. refert. Vladislaus Poloniarum rex legatos Ciliam miserat, formam Annæ Wilhelmi Comitis filiæ spectaturos. Illi pulcram esse falso renunciant. Quare Rex eam sibi desponsari curat. Advehitur itaque nova sponsa Cracoviam. Quam ut Rex deformem invenit, rescindi sponsalia desiderat. Et rescindi debuissent utique, quod Rex a ministris deceptus sine omni culpa sua fuerat, & matrimonium sine ea fraude non contraxisset.

V.

Mendaciis innoxiis uti, ubi nulla ad verum dicendum specialis obligatio adest, licet.

VI.

Dolus malus est, mendaciis in judicio etsi ad defensionem bonæ causæ uti.

Vetus hæc controversia est, liceatne bono viro, inprimis autem advocato vel parti bonam in judicio causam tuenti, mendaciis innoxiis callidisque sed falsis commentis, quæ cautelas vulgo vocant, uti. Stant ex utraque parte non agmina, sed justi exercitus auctorum, tam, qui de jure, quam de rebus theologicis, philosophicis & moralibus scripsere. Quos committere nunc inter se, seu longa nominum enumeratione & argumentorum sæpe excussorum repetitione & refutatione gloriolam aucupari, moris nostri non est. Sufficit nobis, nostram de ea lite sententiam breviter ostendisse. Fundamenta eius in ipso conflictu, si quis requisiverit, indicabimus. Mediam scilicet viam inter scrupulosam superstitionem & effrenem licentiam tenemus. Putamus, malum non esse, mentiri & ambiguum sermo-

sermonem adhibere, sicubi aliquod inde in nos vel alium emolumentum nullum vero in quempiam damnum redundet. Improbamus ergo rigorem *Bernardi*, Theologi Leidensis, qui nuper librum de *l'Excellence de la religion* edidit, & in annexo eidem *de Mendacio*, sermone contraria nostræ opinioni operose defendit, & *Joncurtii*, Hagensis Theologi, qui in peculiari opusculo multis rationibus asserere conatus est, grande maleficium committere, qui invisentibus per servulos respondet, se domi non esse. Non tamen Theologorum solum hæc austeritas est. Ex JCtis etiam ante paucos annos *Jo. Andr. van der Muelen in Foro conscientiæ P.* 1. *q.* 10. *& P.* 2. *q.* 27. docuit, mendacia nullo tempore licita esse, non ob patriæ defensionem, non ad vitam servandam, ne quidem propter Dei gloriam. Et licet *in fine fere Libr. p.* 720 *sqq.* temperare rigorem hunc videatur, asseratque, posse salutem propriam aut alterius mendacio servari, addit tamen, peccatum nihilominus committi, licet minus; ut adeo opinionem priorem vere mutasse dici nequeat. His profecto adduci non possumus, ut assentiamur. In contrariam tamen partem peccare videntur, qui nimia facilitate & indulgentia tunc etiam, cum lex verum dicere jubet, mentiri permittunt. Fecit hoc nuper *Barthius in Hodegeta Forensi p.* 301. ubi existimat, posse reum, qui litem contestatur, sine peccato affirmanda negare, si videat, justam sibi causam esse, sed deficere argumenta, quibus exceptiones suas probet, sciat autem, negatum actionis fundamentum ab actore probari minime posse, seque adeo actore non probante absolutum iri. Hæc, inquam, nobis non persuadentur. Damnamus potius istam aliasque huius generis cautiones, quibus litigatores & eorum advocati contra veritatem utuntur. Obligantur quippe ad verum dicendum non hi solum, qui de calumnia jurarunt, sed omnes, qui in judicio comparent. Igitur obligantur etiam

cum detrimento aliquo suo peccantque, si secus faciant judicique per simulationem aut mendacium illudant. Plura hac de re vide *in Ziegleri Rabulistica cap.* 12.

VII.

Ex dolo in contractu commisso jus hypothecæ non oritur.

Miratus sum fuisse, qui contrariam sententiam tuerentur. Atque tamen *Hertius de Pignore conventionali tacito* §. 19. eam imputat *Negusantio & Manticæ.* Sed utrique iniuriam facit. Neuter ait, ex dolo in contractu commisso nasci hypothecam. Saltem auctore *Bartolo* ex *L. ult. In quibus causis pignus* singularem speciem pignoris taciti exsculpunt, quæ tunc locum habeat, cum quis contra transactionem animo novandi initam dolum committat. Vide *Negusantium de Pignoribus P.* 2. *Membr.* 4. *n.* 164. & *Manticam de Tacit. & Ambig. convent. tit.* 14. *n.* 5. Ego vero nec isto quidem casu hypothecam læso competere puto. Tantum abest, ut illam ex omni dolo in contractu commisso oriri credam. Nullum enim est pignus, nisi vel conventio hominum, vel lex, vel consuetudo id constituat. At, qui decepit alterum, non consentit in hypothecam bonorum suorum. Lex quoque nulla pro stabiliendo hoc pignore afferri potest. Consuetudinem vero & usum fori auctoritas Negusantii & Manticæ, si vel maxime contra nos sentirent, non inducit.

COROLLARIA.

1 Homo simplex per blanditias ad contrahendum vel promittendum inductus de dolo tamen queri non potest. Vide supra *Spec. XLIII. Med.* 2.

2 Super dolo commisso recte defertur jusiurandum.

3 Judex, qui sub spe veniæ, quam dare non potest, confessionem criminis a reo elicit, in dolo est. Vide *Ziegleri Dicasticen Concl.* 29.

SPE-

SPECIMEN LX.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. IV. TIT. IV.
DE
MINORIBVS.

I.

Minor contra contractum, quem maiori ætati proximus consentiente curatore, in judicio iniit, & a judice confirmari curavit, tamen, si læsio appareat, in integrum restituitur.

Petebatur nuper restitutio in integrum ex capite ætatis contra alienationem prædii. Ipsa quidem venditio per se firma erat, quod in ea solemnia, quæ leges præscribunt in prædiorum pupillarium alienatione, observata essent. Sed minor insigniter læsus dicebatur. Is vero, contra quem minor restitui desiderabat, tria potissimum obiiciebat, primum, minorem istum tempore contractus primum & vigesimum annum egisse adeoque pene maiorem fuisse, deinde curatorem habuisse, tandem judicem adfuisse contrahentibus & contractum confirmasse. At JCti Helmstadienses, neglectis his argumentis, restitutionem indulserunt. Nam ætas maiori proxima contractum sustinere non poterat, cum minor dicatur, & ex ea causa restituatur, cui vel una hora ad ætatem legitimam deest. *L.* 3. §. 3. *de Minoribus.* Tum præsentia & auxilium curatoris restitutionem in integrum non excludit. *L.* 4. *C. Si adversus rem judicatam L.* 47. *pr. de Minoribus L.* 3. *C. Si tutor vel curator interv.* Denique, quod inprimis urgebatur, auctoritas & confirmatio magistratus minori obesse non poterat. Judex enim, dum ne-

gotia apud se gesta vel sibi oblata confirmat, non simpliciter omnia probat, sed tacitam hanc conditionem adiicit, in quantum actus de jure valet. Vide hac de re claram *L.* 11. *C. de Prædiis & aliis rebus min.* &, quæ supra *in Spec. XL. de Pactis invalidis*, *Med. ult.* diximus. Quapropter sic responsum fuit mense Martio anni CIↃ IↃ CC XVII. Hat Carl Körners hinterlassene Wittwe bey ihrer andern Verheyrathung an Hanß Lohsen den von ihrem ersten Mann verlassenen Ackerhof mit Genehmhaltung ihrer Sechs damahlen noch unmündigen Kinder und der denselben bestätigten Vormünder an den andern Mann unter gewissen Bedingungen gerichtlich überlassen. Nachdem nun jetzo der Sohn erster Ehe, Bernd Körner, seine mündige Jahre erreichet, so ist er solchen veräuserten Ackerhof zu revociren gesinnet. Entstehet demnach die Frage, ob ihm die Restitutio in integrum zu statten kommen, und der mit seinem Stief-Vater getroffene Kauf dadurch aufgehoben werden könne. Ob nun wol Bernd Körner bey Schliessung des mit dem Stiefvater eingegangenen Contracts bereits Ein und zwanzig Jahr alt, also dem mündigen Alter sehr nahe, zudem mit einem gerichtlich bestätigtem Curatore versehen gewesen, überdies der aufgerichtete Kauf in denen Gerichten abgehandelt und geschlossen worden, demnach es das Ansehen gewinnet, ob falle bey diesen Umständen die intendirte Restitutio in integrum hinweg. Alldieweil aber einem minori wegen dessen, was er vor Erreichung seines vollkommenen Alters handelt, bey hervorscheinender Verkürtzung, die Restitutio in integrum binnen Vier Jahren nach erlangter Majorennität zustehet, solche Restitution auch wider alle Handlungen, ungeachtet, daß dieselbe mit Zuziehung des Curatoris und sogar vor Gerichte geschlossen, auch daselbst confirmiret worden, statt findet; Diesemnach, daferne Bernd Körner, daß er bey obangeführtem Handel verkürtzet worden, und sein Stief-Vater bey genauer Zusammenrechnung alles dessen, was er vor den Ackerhof zu zahlen und in andern Oneribus zu übernehmen verspro-

versprochen, selbigen weit unter den wahrhaften Werth bezahlet, deutlich beyzubringen vermag, so ist er wol berechtiget, Restitutionem in integrum zu suchen.

II.

In Restitutione in integrum pluribus minoribus competente jus accrescendi locum non habet, sed quilibet tantum pro sua parte agit.

Coarguemus jam errorem advocatorum nimium communem. Accidit scilicet frequenter, ut negotium ad plures minores simul pertineat, iique omnes per illud lædantur. Fac enim, quinque fratres, omnes in tenera ætate constitutos, communem domum suam vendere & per contractum hunc lædi, maiores autem factos nonnullos restitutione sibi competente uti nolle, sed adquiescere, unum vero ex illis ad remedium hoc convolare & venditionem factam impugnare. Nihil tunc frequentius, quam ut is, qui libellum concipit, remq; totam petat, tanquam, si jus accrescendi hic locum haberet, quemadmodum in querela inofficiosi & bonorum possessionibus locum habet per *L. un. C. Quando non petentium partes petentibus accrescant*. Verum hoc singulare jus in hereditatibus legatisque receptum ad actus inter vivos haud pertinet, ut copiosius ostendit *Duarenus de Jure accrescendi Lib.* 1. *c.* 15. & *Carpz. P.* 3, *c.* 2. *defin.* 16. Id quod minus dubii habet in restitutionibus in integrum per claram *L. un. C. Si in communi eademque causa in integrum restitutio postuletur*. Quapropter actori illi recte obiicietur exceptio vel plus petitionis vel pluriam litis consortium. Atque sic JCti Helmstadienses mense Martio anni CIↃ IↃ CC XVII. in ea, quam *in præcedente Meditatione* memoravimus, causa responderunt: Es ist Bernd Körner wohl berechtiget, Restitutionem in integrum zu suchen, und den mit seinem Stief-Vater geschlossenen Kauf, jedoch

jedoch nur zu seinem Antheil, es wäre denn, daß das übrige Geschwister die Klage zugleich anstellete, oder ihm ihre Jura übertrügen, zu revociren.

III.

Minor etiam contra lucrum omissum in integrum restituitur.

IV.

Minori restituto usuræ etiam adiudicantur.

Narrat *Covarruvias Lib.* 1. *Resol. c.* 5. §. 2. fuisse inter antiquos JCtos, qui Restitutionem in integrum quod ad lucrum omissum minori denegarint, sed Alexandrum Imolensem hanc sententiam ut puerilem reiecisse. Nec immerito. Nam & naturalis ratio ostendit, lucrum ei potius, qui justam eius petendi causam habet, adiudicari debere, etsi ab eo neglectum sit, quam alteri, qui id sine causa retinet. Deinde, si rem curatius consideres, omissioni lucri semper damnum inest. Dum enim emolumento, quod nobis debetur, privamur, detrimentum sentimus. Denique manifestæ adsunt leges, quibus quid respondere potuerint DD. isti, non apparet. Vide modo *L.* 7. §. 6. *&* *L.* 44. *de Minoribus.* Quapropter minorem restitutum etiam usuras eius pecuniæ, qua caruit, petere posse, etsi hæ merum lucrum continere videantur, putamus. Consentit nobiscum Paulus *in L.* 17. §. 3. *de Usuris.* Et JCti Helmstadienses mense Junio anni CIƆ IƆ CC XIII. responderunt, posse filiam nobilem, cui fratres ex feudo minorem, quam quæ legibus debebatur, dotem constituerant, per Restitutionem in integrum ex causa ætatis non solùm supplementum dotis sed & usuras eius supplementi legitimas petere: Seynd Hanß Adam V. N. hinterlassenen einzigen Tochter aus denen Lehn-Güthern nur 5000 Reichsthaler pro dote ausgemachet worden, da doch besagte Güther vermuthlich

100000

100000. bis 120000. Rthlr. werth, also ihr nach der Magdeburgischen Policey-Ordnung 10. bis 12000. Rthlr. daraus gebühret hätten. Wird demnach gefraget, ob die Fräulein nicht zugleich nebst dem dote supplenda die landesübliche Zinsen von ihres Vaters Absterben an bis jetzo fodern könne. So enstehet zwar daher einiger Zweifel, daß die Fräulein, wenn sie solche Zinsen erhält, nicht einem Schaden zu entgehen, sondern vielmehr ein lucrum zu erhalten, also des beneficii restitutionis in integrum, welches nur denen læsis zu statten kommt, nicht benöthiget zu seyn scheinet; Weil aber die minores besagtes beneficium auch alsdenn, wenn ihnen ein lucrum entgehet, haben, überdieß in der Magdeburgischen Policey-Ordnung ausdrücklich anbefohlen wird, denen Töchtern ihr Erbtheil aus dem Lehen landüblich zu verzinsen, folglich die Fräulein von N. da ihr solche Zinsen nicht gereichet worden, eigentlich in damno versiret; So ist sie auch solche landübliche Zinsen von dem Tode ihres Vaters an bis jetzo zu fodern berechtiget.

V.

Quadriennium restitutionis in integrum currit demum a die scientiæ.

Non satis expeditum est, utrum quadriennium petendæ restitutioni præfixum confestim a die, quo minor legitimam ætatem adipiscitur, an vero a tempore, quo de læsione certior redditur, sit computandum. Prius affirmat *Treutlerus vol. 1. disp. 11. §. 9. lit. b.* quem præter morem suum hic & *ad §. 17. lit. a.* non refellit *Bachovius*, sed acriter contra vulgus DD. ut loquitur, tuetur. Vulgi igitur, seu ut convitio abstineamus, plerorumque JCtorum sententia est, quadriennium hoc demum a tempore scientiæ currere. Atque de hoc vulgo & nos sumus, quibus quippe a receptis opinionibus, nisi manifestus error appareat, recedere

religio est. Movemur scilicet inprimis regula illa generali, eum, qui nescit, experiundi potestatem non habere L. 6. *de Calumniatoribus*. Non valenti autem agere non currit præscriptio. Quæ regula non juri solum, sed æquitati etiam convenit, atque in omnibus præscriptionibus locum habet, exceptis duntaxat his, quæ ultra decem annos extenduntur, quoniam in his amplum satis spatium rem investigandi indulgetur adeoque ignorantia, quæ diutius durat, culpæ species videtur. L. *ult. C. de Præscript. longi temp.* Objicit quidem Bachovius L. 7. *C. de Temporibus in integrum restit.* in qua minoribus quadriennium ab exacto 25. anno, maioribus autem a die sublati impedimenti currere dicitur. Verum cum unius positio non sit alterius exclusio, atque supra memorata regula in omnibus præscriptionibus, quæ infra decem annos perficiuntur, locum habeat, ea quoque limitatio isti *Legi* 7. tacite inest. Consentit nobiscum præter memoratos a Bachovio *Carpzov. l. 2. Resp.* 96. *n.* 12. Atque sic etiam in causa, cuius mentionem in *præcedente meditat.* fecimus, responderunt JCti Helmstadienses mense Junio anni CIↃ IↃ CCXIII. Hat gemeldte Tochter, welche bey Aufrichtung des Erb-Vergleichs 6. bis 7. Jahr alt gewesen, bis jetzo, da sie bereits das 29. Jahr erreichet, stille geschwiegen; nachdem sie aber endlich die ihr zugefügte Læsion erkennet, so wird zu wissen verlanget, ob und durch was vor ein Remedium juris sie gebührende Satisfaction suchen könne. Ob nun wohl die Fräulein von N. bereits im 21. Jahre ihres Alters die Majorennität nach dem in ihrem Vaterlande eingeführten Sächsischen Rechte erlanget, also das denen Minderjährigen verstattete quadriennium restitutionis in integrum nunmehr schon zweymal abgelauffen, und aber unterschiedene Rechtslehrer in den Gedancken stehen, daß solches quadriennium auch denenjenigen, welche nichts von der ihnen zugefügten Læsion wissen, zu lauffen anfange; worzu ferner kommt, daß die angegebene Unwissenheit

auf

auf eine ignorantiam juris mit hinaus laufet, die bekannten Rechten nach niemanden zu statten kommt; wannenhero es das Ansehen gewinnet, ob müsse besagte Fräulein sich mit den ihr zugetheilten 5000. Rthl. vergnügen, und könne ein mehreres nicht fodern; Alldieweil aber die Meynung derer, welche dafür halten, daß das quadriennium restitutionis in integrum erstlich a die scientiæ zu laufen anfange, der Billigkeit und der analogiæ juris viel gemässer ist, auch von den Doctoribus insgemein und so gar von Bachovio selber pro sententia communi & recepta angegeben wird, hiernächst der Fräulein vorgeschützte Unwissenheit eine ignorantia facti zu seyn scheinet, indem sie vermuthlich den rechten Werth der Lehen-Güther nicht gewust; So erscheinet dannenhero so viel, daß die Fräulein von N. der ihr zugefügten Læsion halber zu klagen wol berechtiget, und restitutionem in integrum ex causa ætatis suchen könne.

VI.

Mercator in negatione sua læsus ex capite ætatis in integrum non restituitur,

VII.

Hoc jus etiam ad opifices pertinet.

IIX.

Non tamen ad eos, qui subinde quidem negotiantur, in album tamen mercatorum vel opificum relati non sunt.

An mercatura restitutionem in integrum ex capite ætatis excludat, non infrequens quæstio est. Si ex solis legibus lis decidenda sit, aientem sententiam difficulter tueberis. Nam, quod ex *L. 6. C. de Muneribus patrimoniorum L. 1. C. de his, qui ven. ætat. impetr. L. 3. C. Si minor se majorem* deducunt argumentum DD. parum evincit. Quare & *Lauterbachius de jure in curia mercatorum usitato* §. 46. his, qui restitutionem mercatori denegant, in puncto juris, ut loquitur,

quitur, contradicit. Consuetudine tamen aliud introdu-ctum esse, non negat, id quod & *Mevius ad Jus Lubec. P.3. tit. 6. art.21. n.26.* fatetur. Quam consuetudinem tanto facilius admittimus, quanto magis ea in æquitate innititur. Nam qui artem publice profitetur, & jus exercendi eam obtinuit, si quod per imperitiam suam damnum sentiat, sibi id imputare debet, nec restitutionem, salvo pudore, petere potest. Eadem prorsus ratio cum in opificibus quoque, quod ad negotia artem suam spectantia, obtineat, his etiam restitutionem in illis merito denegamus. Interim non possumus non probare observationem *Strachæ de Mercatura P. 3 n. 26.* qui jus hoc in iis tantum, qui in album mercatorum vel opificum recepti sunt, obtinere dicit. Igitur si vel maxime quis nonnunquam negotietur, per hoc tamen restitutionis beneficium haud perdit, uti nec opifex, qui nondum magister legitime renunciatus est. Atque ita responderunt JCti Helmstadienses mense Aprili anni CIↃ IↃ CCXVII: Haben Claus Henning, ein Schuster, und dessen Sohn, Jacob Henning, bey George Weisen vor 1100. Rthlr. Leder erkaufet, auch sich nebst vielen andern mündlichen Betheurungen, die Gelder ohne einige Exception zu bezahlen, einer für beyde und beyde für einen unterschrieben. Nachdem nun der Vater bonis cediret, und es mit ihm zum Concurs gekommen, hat Weise den Sohn wegen dieser 1100. Rthlr. gerichtlich belanget, welcher sich darwider mit seiner Minderjährigkeit und der daraus fliessenden Restitutione in integrum schützet. Entstehet also die Frage, ob nicht derselben ungeachtet, Jacob Henning schuldig, die 1100. Rthl. über sich zu nehmen und an George Weisen völlig zu bezahlen, dagegen seinen Regress an des Vaters Concurs zu suchen und dessen banquerott mit zu tragen. Nun mag zwar nach eingeführter Gewohnheit ein minderjäriger Kaufmann in Sachen, so die Kaufmannschaft angehen, wider einen getroffenen Handel keinesweges restitutionem in integrum suchen, welches

ex identitate rationis nicht unbillig auf die Handwercksleute in denen ihr Handwerck betreffenden Handlungen erstrecket wird, indem dergleichen Leute, welche sich auctoritate publica eine gewisse Profession zu treiben bestellen lassen, darinnen genugsame Erfahrenheit haben, und, da ihnen solche mangelt, es sich selbst imputiren müssen. Allein daferne Jacob Henning damalen noch nicht Meister gewesen, hingegen die Restitutio in integrum nur alsdenn hinweg fällt, wenn ein solcher minor öffentliche Kaufmannschaft treibet und zugleich in der Kaufleute Innung eingenommen ist, folglich eben dieses bey einem Handwercksmann erfodert wird; So sehen wir nicht, wie dieser Einwurf dem **Jacob Henning im Wege stehen könne.**

IX.

Filiusfamilias minor, facto vel consensu patris interveniente, læsus contra tertium in integrum restituitur.

Obstare huic sententiæ videtur *Lex 2. C. Qui & adversus quos in int. restit. non poss.* quæ, ut maneat honor parentibus illibatus atque intactus, *omnem* excludit restitutionem. Quæ generalia verba moverunt nuper *Bergerum de Restitut. in integrum ob reverent. denegat.* §. 28. *sqq.* ut restitutionem contra factum patris, tametsi cum tertio lis sit, minori denegaret. Sed *Bergerus* sibi ipsi respondit in *commentariolo*, quem deinde *in l. 2. C. Qui & adversus quos* edidit, ostenditque legem hanc, quæ de casu saltem loquitur, quo liberi restitutionem adversus ipsos parentes petunt, ultra eum extendi non debere. Quod & verum est, & aliis legibus confirmatur, nempe *l. 3. §. 5. de Minoribus* & *l. 2. C. Si adversus donationem*, ubi liberis cum extraneo super facto patris litigantibus restitutio indulgetur. Quæ leges cum per supra memoratam *l. 2.* expresse non tollantur, adhuc

in usu sunt. Et secundùm eas responderunt JCti Helmstadienses in eadem, quam modo memoravimus, causa: Weiter mag auch dieses nicht in Betrachtung kommen, daß Jacob Henning niemalen unter Vormündern, sondern, bis er Meister worden und geheyrathet, unter seines leiblichen Vaters Pflege gewesen. Denn ob gleich einem Sohn wider seinen leiblichen Vater restitutionem in integrum zu suchen verboten wird, so ist doch demselben vergönnet, sich der Restitution gegen einen tertium wider einen in seiner Minderjährigkeit von dem Vater oder mit Consens des Vaters getroffenen Handel zu gebrauchen.

X.

Minor, qui pro negotio in ipsius utilitatem gesto fidejussit, in integrum non restituitur.

In ea, quam bis jam memoravimus, causa memorabat creditor, merces, quas pater filio fideiubente emerat, in rem filii versas fuisse. Ex hac itaque ratione JCti Helmstadienses filio restitutionem denegarunt. Namque cum minor sobrie rem suam administrat, & utilitatem suam intendit, cessat restitutio, tametsi postea circa id negotium casu fortuito citra cuiusdam culpam læditur *l.* 11. §. 4. & 5. *de Minoribus.* Vide *Meierum in Collegio Argentoratensi tit. de Minoribus* §. 63. Accedit, quod mulier quoque hoc casu, si negotium eius utilitatem spectet, ex fideiussione obligetur. L. 23. *pr. C. Ad SC. Vellej.* Itaque sic responsum fuit: Weil diejenigen Geschäfte und Handlungen, welche ein Minderjähriger zu seiner Aufnahme und Besten auch ohne Curatore schliesset, beständig seynd, und per restitutionem in integrum nicht angefochten werden mögen, auch so gar nicht einmal in dem Fall, da in folgender Zeit ohne jemandes Schuld dem minori daraus ein Schade per casum fortuitum zuwächset, und dem Jacob Henning aus dem von Weisen erhandelten Leder nicht nur

nur sein Meisterstück gemachet, sondern auch seine Aussteuer und übrigen Anfang zu seiner zeitlichen Wohlfahrt hat, folglich der mit Weisen geschlossene Contract zu seinem Besten angesehen gewesen, und dessen Nutzen würcklich befördert, in welchem Fall diejenigen, welche sich sonst in keine Bürgschaft einlassen können, daraus völlig obligiret werden; So ist Jacob Henning schuldig, dasjenige Leder, welches zu Verfertigung seines Meisterstücks erhandelt, und sonst zu seiner Aussteuer und Nutzen angewendet worden, zu bezahlen.

COROLLARIA.

1 In computanda ætate minoris illi etiam undecim dies, qui sub initio huius seculi calendario subtracti sunt, adjici debent, adeo, ut ultimo Decembri anni 1691. natus Calendis Januarii anni 1717. pro maiore nondum haberi possit. Vide *L. 134. de Verb. signif.* & *L. 3. §. 3. de Minoribus.*

2 Minor, qui veniam ætatis impetravit, bona sua immobilia alienare nequit. *L. 3. C. de his, qui ven. ætat.* Quodsi tamen princeps hanc facultatem ei expresse dederit, valebit alienatio, & restitutio in integrum cessabit arg. *L. 38. de Adopt. Rivinus in Enunciatis juris tit. 9. §. 13.*

3 Minor, qui jam semel restitutionem in integrum contra lapsum termini probatorii obtinuit, si denuo eum neglexerit, iterum in eadem causa restitui potest. Nec obstat *Lex 1. C. Si sæpius in integrum restit. postul.* Vide *Wernheri Observationes forenses P. 1. Obs. 319.*

SPECIMEN LXI.
MEDITATIONVM AD PANDECTAS
AD LIB. IV. TIT. IV.
DE
HIS, QVI AD EXEMPLVM MINORVM RESTITVVNTVR EORVMQVE INTER SE CONCVRSV.

I. *Quan-*

I.

Quando duo jura minorum habentes concurrunt, neuter restituitur.


ulti ſunt, quibus ad exemplum minorum beneficium reſtitutionis in integrum indulgetur, Eccleſiæ, cetera pia corpora, fiſcus, civitates, collegia probata, cauſæ favorabiles, quales ſunt dotis, alimentorum, ſtipendiorum. Tot privilegiati itaque ut invicem collidantur, non poteſt non accidere frequenter. Facilis hoc caſu ex *l.* 11. §. *pen. de Minoribus* deciſio eſt; Privilegiatus contra æque privilegiatum non utitur privilegio, ſeu, ut alii cum *Strykio de jure privilegiati contra privilegiatum cap.* 2. *n.* 53. id explicant, in concurſu privilegiorum ſtandum ex juri communi. Quare & JCti Vitembergenſes pago cum Eccleſia litiganti & reſtitutionem in integrum petenti hanc denegarunt: Es iſt das beneficium reſtitutionis in integrum einer Dorf-Gemeinde wider eine Kirche, als æque aut magis privilegiatam, nicht zu verſtatten.

II.

Is tamen, qui magis privilegiatus eſt, reſtituitur contra minus privilegiatum.

III.

Privilegium Eccleſiæ fortius non eſt privilegio minoris.

IV.

Fortius tamen eſt privilegio aliarum univerſitatum ſecularium.

Quam in præcedente meditatione memoravimus regulam, ea exceptionem patitur tunc, cum alter ex privilegiatis concurrentibus fortius altero privilegium habet. Sic enim minus cedit maiori. Quodnam autem fortius privilegium dicatur, certis regulis in jure comprehen-

prehensum non est, sed arbitrio prudentis judicis relinquitur. Frequens hic dubitatio circa Ecclesias & pia corpora oritur, quæ ex indulgentia DD. veterum, favorem piæ causæ ad cœlum usque efferentium & cum iniuria aliorum in infinitum extendentium, reliquos omnes sibi credere debere opinantur. Atque primum cum ipsis minoribus de joco disputant. Impudenter profecto, cum his quodammodo beneficium suum debeant. Sed disputant tamen, &, si *Redoano de Rebus Ecclesiast. non alien. qu.* 78. *c.* 2. *n.* 13. aliisque credimus, vincunt etiam minorem. Sed in dubium vocat hanc victoriam *Strykius de jure privilegiati contra privilegiatum c.* 2. *n.* 81. Et rectissime quidem ex nostra sententia. Ecclesia enim, ut Innocentius III. P. M. *in c.* 3. *X. de in integrum restitutione* loquitur, fungitur tantum jure minoris, hoc est, privilegium suum ad exemplum tantum privilegii minoribus tributi accepit, ut adeo, si quis præferri debeat, minor potius præferendus sit ex illo vulgari Philosophorum axiomate: Propter quod aliquid est tale, illud magis est tale. Alia vero ratio est, siquidem Ecclesia cum universitate & collegio quodam concurrat. Tunc quippe Ecclesiam præferendam esse putamus, ideo, quod duplicem hoc casu pro se habeat favorem. Namque primum & Ecclesia universitas quædam est, ut jam supra *in Spec. XXII. Medit.* 2. diximus atque ante nos *Pufendorffius de Habitu Religionis Christianæ ad vitam civilem* ostendit. Accedit præterea favor pietatis. Quæ duo argumenta superant simplex illud, quo collegia non sacra utuntur. Moti his rationibus JCti Helmstadienses mense Maio a. CIↃIↃCCXVI. monasterio contra pagum Restitutionem in integrum indulserunt: Die von Beklagten hauptsächlich urgirte Rechts-Regul: Quod privilegiatus non utatur privilegio suo contra æque privilegiatum, stehet dem klagenden Closter, dessen als eines

pii corporis privilegium grösser und favorabler ist, bey seiner gesuchten Restitution nicht im Wege.

V.

Cum duo æque privilegiati de Restitutione in integrum litigant, is vincit, cuius privilegium est antiquius.

Memorat *Mornacius ad L.* 11. §. *ult. de Minoribus*, academiam Parisiensem bis, primum in lite, quæ ei cum Andensi, deinde in alia, quæ ei cum Avenionensi academia intercessit, victoriam reportasse ob privilegii sui præ harum duarum academiarum privilegiis antiquitatem. Nec iniuste. Convenit enim & æquitati & juri nostro, ut, si quidem duo æque privilegiati in Restitutione in integrum concurrant, is superior discedat, cuius privilegium vetustius est. Princeps quippe, dum posterius privilegium concedit, tacite annectere censetur clausulam, prioris privilegiati jure per omnia salvo, ut, siquidem ambo privilegia collidantur, recentius cedere debeat antiquiori, quemadmodum *supra in Spec. X.* quod *de Privilegiis* inscribitur, ostendimus. Accedit argumentum ex *L.* 12. §. 1. *in fin. C. Qui potiores in pignore* petitum, ubi, duabus dotibus ab eadem substantia debitis, ex tempore prærogativa manere jubetur.

VI.

Cum ex una parte unum, ex altera duo diversa privilegia stant, hæc restituitur.

Hoc forsan singulare videbitur nonnullis, æquum tamen est, & juri maxime convenit. Quod ut clarius appareat, exemplum præmittemus. Lis scilicet erat fisco principis cum minoribus & pia causa. Hi in integrum restitui cupiebant. Contradicebat fiscus, quod jura reipublicæ sustineret ac adeo æque privilegiatus esset. Vicerunt tamen minores cum pia causa, quod simplici fisci privilegio duplicem

plicem favorem, ætatis & pietatis, opponerent. Est enim juris notissimi, simplex vinculum duplici, si quidem omnia æqualia sint, cedere arg. §. 2. *l. & l. pen. pr. C. de Adoptionibus Auth. Itaque C. Communia de Successionibus.* Adde *Barbosæ Thesaurum Lib.* 4. *c.* 71. *ax.* 4. Sic igitur responderunt JCti Helmstadienses mense Februario anni CIƆ IƆ CCXV: Was die letzte Frage betrifft, ob die H. W. nicht befugt sey, Restitutionem in integrum zu suchen; So möchte zwar deshalben gezweifelt werden, weil die Königl. Cammer hierbey interessiret, wider welche als eine æque privilegiatam die Restitution ordentlich nicht statt hat; Jedoch, da in gegenwärtiger Sache sowol unmündige Kinder als auch pia causa concurriren, indem das in Ansehung der erlangten Freyheit dem Guth aufgebürdete legatum stipendiorum bey Aufhebung der Freyheit gleichfalls entweder aufgehoben oder doch verringert werden müsse, diesen allen aber die Restitutio in integrum zustehet; So kan der H. W. nicht verarget werden, wenn sie bey Königl. Maj. Restitutionem in integrum demüthigst suchet. Junge ea, quæ *supra ad Meditat. IV.* diximus. Ceterum de eo solum casu hic loquimur, quo duo diversa privilegia ex una parte stant, nec sufficere putamus, quod plures personæ contra unam restitui desiderant. Neque enim, si vel decem minores cum uno litigent, illorum privilegium ex multitudine personarum æquali huius privilegio præferetur.

VII.

Inter duos privilegiatos, quorum alter lucrum retinere, alter damnum evitare vult, huius causa est potior.

Omnia, quæ huc usque diximus, non aliter vera sunt, quam si privilegiati isti, qui concurrunt, ex utraque parte de lucro captando certant. At si unus lucrum intendat, alter damnum avertere velit, huius causa & secundum æquitatem naturalem & secundum leges nostras potior est.

Pppp 2 Vide

Vide *L.* 11. §. 6. *&* *L.* 34. *pr. de Minoribus.* Nec respicimus tunc, quis fortius, aut antiquius, aut duplex privilegium habeat, sed hos omnes, siquidem lucrum affectent, privilegiato simplici, infirmiori & recentiori postponimus. Sic *Mornacius ad l.* 11. *§. ult. de Minoribus* memorat, restitutum fuisse minorem adversus donationem minori alteri factam. Et *Carpzovius Lib.* 2. *Responso* 97. Restitutionem universitati contra minorem indultam narrat. Ubi quidem *Brunnemannus ad L.* 2. *C. Si sæpius in integrum restitutio postul.* capere se negat, quomodo communitas contra minorem restitutionem potuerit petere, cum tamen minor contra minorem non debeat restitui, ergo nec communitas minoris jure nixa. Sed apparet facile, Carpzovium de casu loqui, quo universitas in damno hærebat. Et sic quoque responderunt JCti Helmstadienses mense Februario anni CIↃ IↃ CC XV: Es ist bekanntes Rechtens, daß die Restitutio auch contra æque privilegiatum statt finde, wenn ein Theil Schaden zu verhüten, das andere aber Vortheil suchet.

IIX.

Cum uterque privilegiatus in damno hæret, reus restituitur.

Minor minori pecuniam mutuam dederat, hic absumsit: Nunc ille datum repetit. Quæritur, quis sit præferendus? Is sine dubio, a quo petitur. Id quod & generali juris dispositione, qua per *L.* 125. *de Reg. jur.* rei actoribus favorabiliores habentur, convenit & expresse *in l.* 11. §. 6. *&* *l.* 34. *pr. de Minoribus* constituitur. Vellicat quidem harum duarum legum auctores *Bachovius ad lib.* 4. *D. tit.* 4. *cap.* 10. §. 4. putatque, hoc casu nec opus esse Restitutione in integrum, sed denegari saltem actionem, quæ denegatio actionis Restitutio in integrum dici non debeat. Sed errat aperte *Bachovius.* Jura quippe nostra, ut ex *l.* 1. *&* 2. *C. Si adversus creditorem* patet, creditori minoris actionem

non

non denegant, verum minori adversus cautionem suam restitutionis auxilium indulgent.

IX.

Viduæ jura minorum quod ad Restitutionem in integrum non habent.

Aliquæ tamen personæ jura minorum asserere sibi conantur, etsi hæc iis tributa non sint. Viduæ hoc inprimis faciunt. Animadverti sæpe, earum advocatos, cum restitutionem illis impetrare cupiunt, magno labore loca omnia ex sacro codice, jure nostro aliisque auctoribus conquirere, quæ ad favorem viduarum pertinere videntur. Sed frustra. Non negamus equidem, viduas multum favoris in legibus habere & juribus nonnullis gaudere, quibus minores non fruuntur. Quod vel ex foro miserabilium personarum apparet, cuius participes viduæ, non etiam minores sint. *L. un. C. Quando Imperator inter pupillos vel viduas.* At alia ratio est Restitutionis in integrum. Privilegium ea est, atque adeo ad alias personas, quam, quibus in jure indulgetur, extendi non debet. Vide *l. 32. pr. Ad SC. Velleianum* ubi mulieres loco minorum circumscriptorum per omnia haberi negantur. Atque sic responderunt & JCti Vitembergenses mense Maio anni CIↃ IↃ CC IX: Ob wohl die mit intereßirte Person eine Wittwe, also vermöge der Rechte pro miserabili gehalten wird, und mit sonderbaren Privilegiis versehen ist, folglich die Restitution derselben zuzukommen scheinet; Dieweil aber dennoch die Restitutio in integrum niemand leicht ohne erhebliche und in Rechten gegründete Ursach zu vergönnen, dergleichen aber auf Seiten der Wittwe nicht vorhanden, indem die viduitas in den Rechten nirgend unter die causas restituendi gerechnet, sondern nur mit einem sonderbaren hieher gar nicht gehörigen privilegio fori versehen wird; So mag die Restitutio in integrum der Wittwe keines Weges zu statten kommen; &

JCti Helmstadienses mense Novembri anni CIↃ IↃ CC XVI: Ob gleich Klägerin eine Wittwe, und denn dergleichen Personen, wenn sie schon gutes Vermögens seynd, dennoch pro miserabilibus geachtet werden, folglich es das Ansehen gewinnet, ob müsse dieselbe allerdinges wieder den über ihres verstorbenen Mannes Verlassenschaft aufgerichteten Vergleich in integrum restituiret werden; Alldieweil aber eine Wittwe zwar ratione fori privilegiati pro miserabili persona geachtet wird, sonsten aber dieserhalben kein sonderliches Privilegium und jus, Restitutionem in integrum zu fodern, hat, und zwar in gegenwärtigem Fall um so viel destoweniger, da Klägerin mit einem Kriegischen Vormund, auch sogar dem Beystand der Obrigkeit selbst versehen gewesen; So haben wir den errichteten Vergleich billig bestätiget, und Klägerin, die selbigen ohne genugsamen Grund angefochten, in die Unkosten vertheilet.

X.

Restitutio in integrum, minori contra neglectionem fatalium in processu indulta, consorti litis maiori non prodest.

XI.

Explicatur, quænam causa dicatur individua.

Multum litis peperit *L. 10. pr. Quemadmodum serv. amitt.* in qua maior, communem cum pupillo fundum & constitutam ei servitutem viæ habens, hanc viam, etsi uterque ea per longum tempus usus non sit, retinere ob pupillum socium dicitur. Ex hac lege regulam fecere DD: *Restitutio minoris in causa individua prodest socio maiori*; veram quidem, si justis limitibus circumscribatur, sed communiter nimia liberalitate extensam. Proferunt eam scilicet ad omnem præscriptionem, nec non ad omnem neglectionem fatalium in processu. De præscriptione alio forte tempore dicemus. Nunc de neglectione fatalium. Contra hanc

hanc maiorem ſimul cum minore indiſtincte reſtitui, multi aſſerunt, cum quibus etiam ſentit *Bergerus in Reſolut. Lauterb. pag.* 109. Sed ea ſententia juri & æquitati repugnat. Certe & recta ratio & lex vetat, beneficium ætatis minori conceſſum maiori, cuius diverſa plane ratio eſt, patrocinari. Vide modo *l. un. C. Si in communi eademque cauſa in integrum reſtit.* Excipiuntur quidem ab hac regula, quemadmodum ſupra diximus, cauſæ individuæ. At quænam ſunt cauſæ individuæ? Recte hoc definit *Lynckerus de Individuitate c.* 5. *Sect.* 2. *n.* 26. dum individuum vocat, quod adeo connexum eſt, ut ſalvum jus minorum eſſe nequeat, niſi maiores ſimul reſtituantur. Cuius rei exemplum in ſervitute, *l.* 4. §. 4. *Si ſerv. vind.* & aliud apud *Lynckerum d. l.* occurrit. Sed in neglectione fatalium ſalvum minoris jus erit, etſi maior, qui huc usque communi cum eo nomine litigavit, in poſterum a lite repellatur. Nihil oberit hoc pupillo, niſi forte dicas, intereſſe eius, ut habeat, qui partem ſumtuum ferat. Quæ utilitas tamen, cum valde remota & indirecta ſit, prorſus non attenditur. Accedit clara *Legis* 2. *C. Si unus ex pluribus app.* diſpoſitio, ubi reſtitutio, minori contra omiſſam appellationem indulta, maiori prodeſſe negatur. Quamobrem etiam *Bergerus* mutavit deinde ſententiam atque *in Electis Diſcept. For. tit.* 7. *Obſerv.* 7. *n.* 4. noſtram amplexus eſt, variisque rebus judicatis ſtabilivit. Quibus nos reſponſum JCtorum Vitembergenſium menſe Maio anni CIↃ IↃ CCIX. exaratum annectemus; Iſt Anno 1701. den 1. May erkannt worden, daß Beklagte dem Kläger entweder die ſtreitigen Güther abzutreten, oder den Werth derſelben ſamt den Fructibus perceptis auf ſeine Schuldfoderung zu bezahlen ſchuldig. Welchen Abſchied Beklagte zwar geleutert, die Leuterung aber, weil ſie die Succumbenz-Gelder zu rechter Zeit nicht erleget, desert werden laſſen; Wannenhero der Herr zu wiſſen begehret, ob Beklagte in Anſe-

hen,

hen, daß sie theils minorennes seynd, Restitutionem in integrum zu erhalten vermöchten. Ob nun wohl die Restitutio in integrum denen minorennibus ex causa ætatis billig zu vergönnen, solches Beneficium auch denen übrigen Litis Consorten in causa individua, davor insgemein Lapsus fatalium gehalten wird, zu statten kommt: Dieweil aber dennoch das denen minderjährigen verstattete beneficium restitutionis denen mit ihnen in gleichem Proceß stehenden maiorennibus nicht in allen Sachen, noch bey jedwedem Lapsu fatalium, sondern nur alsdenn, wenn das obiectum litis unzertrennlich, mitgetheilet wird, dahingegen, wenn die Sache selbst, wie allhier, wohl getheilet werden mag, die minderjährigen der Restitution gantz allein pro rata geniessen; So möchte, gestalten Sachen nach, die Restitutio in integrum nur den minderjährigen, so viel deren Antheil betrifft, keinesweges aber den andern zu statten kommen.

COROLLARIA.

1 Restitutio in integrum civitatibus etiam municipalibus competit. Dissentit *Meier in Colleg. Argent. Lib.* 4. *tit.* 4. *§.* 105. qui eam tamen liberis imperii civitatibus tribuit.

2 Contra subhastationem publicam Restitutio in integrum locum non habet. Nec obstat *L.* 1. *C. Si adversus venditionem pignorum.*

3 Femina minor non restituitur contra matrimonium, bene tamen contra dotem ab initio matrimonii promissam. Nec obstat *Cap.* 3. *X. de Donat. inter vir. & ux.* ubi dos accessorium matrimonii appellatur.

SPECIMEN LXII. MEDITATIONUM AD PANDECTAS AD LIB. IV. TIT. V. DE CAPITE MINUTIS.

I. *Maxi-*

I.

Proxima capitis deminutio nec hodie plane cessat.

II.

Homines proprii veri servi sunt.

Maxima capitis deminutio, seu libertatis amissio, secundum plerorumque sententiam Germanis & priscis & recentioribus prorsus incognita est. At nobis secus videtur. Certe homines proprii per totam olim Germaniam dispersi & adhuc in multis provinciis superstites veri servi sunt, si servitutis vocem ex juribus & consuetudinibus Germanorum explices. Etsi enim benignius isti aliquantulum apud nos tractentur, quam servi Romanorum tractati fuerunt, ea tamen, quæ ad essentiam servitutis pertinent, adhuc supersunt. Igitur exiguum, quod forte inter servos Romanos & homines proprios Germanos intercedit, discrimen rem ipsam aut nomen non tollit, nisi testamenta etiam & contractus, in quibus Germani pariter a Romanorum institutis sæpissime recedunt, non amplius superesse dicere velis. Agnoverunt hoc auctores tabularum Pacis Westphalicæ atque in *art.* 5. §. 37. *in fin.* conditionem hominum propriorum servitutem appellarunt. Agnoverunt & alii, *Oldendorpius*, *Husanus*, *Thomasius*, &, qui omnium optime rem explicat, *Potgieserus de Conditione & Statu servorum apud Germanos tam veteri quam novo lib.* 1. *cap.* 3. §. 31. Qui ultimus auctor, quod obiter monemus, statum veterem servorum apud Germanos egregie exponit, atque adeo hac in parte lectoribus suis abunde satisfacit, alterum vero institutum suum, statum scilicet novum, saltem attingit, eiusque descriptioni vix duas, si ex integro libro omnia eo pertinentia colligas, pagellas impendit. Sed redeamus in viam.

Hominum nempe propriorum conditionem veram servitutem esse, modo ostendimus. Ex quo porro consequitur, superesse adhuc hodie maximam capitis deminutionem. Nam non solum olim, sed & hodie libera voluntate quis homo proprius fieri potest: idque ex moribus Germaniæ dubium non habet, quemadmodum *Stamm de Servitute personali lib.* 3. *cap.* 12. *&* *Philippi ad institut. lib.* 1. *Eclog.* 33. ostendunt. Deinde & invitus nonnunquam in eam conditionem abripitur. Quod accidit in illis locis, in quibus aër ipse, ut loquuntur, servum quem efficit, vel, ut debitores obærati creditoribus suis in servitutem addicuntur. Qua de re vide *Hertium de Hominibus propriis sect.* 3. §. 3. Tandem Germanis quoque licebit, homines proprios manumissos, si insigniter ingrati existant, causa cognita, in servitutem revocare, quod olim *lege Burgundionum tit.* 40. permissum fuisse, *Lindenbrogius* testatur.

III.

Bannus imperii maxima capitis deminutio non est.

IV.

Banniti nostri conveniunt cum his, quos Senatus Romanus olim hostes judicabat, vel Principes proscribebant.

Bannum imperii maximam capitis deminutionem vocat *Gailius de Pace publica lib.* 2. *cap.* 1. *n.* 24. quem probat & sequitur *Schulzius in Synopsi Institutionum tit. Quibus modis patria potestas solvitur lit. A.* Sed nihil est infirmius eorum rationibus. Audiamus Gailium. Is, *Perspicuum*, ait, *est, bannitos nostri temporis ex constitutione pacis publicæ non solum deportatis, quibus aqua & ignis interdicitur, recte comparari posse, sed etiam eos deteriore loco esse, maximamque capitis deminutionem pati, cum non solum civitatem Romanam, quæ est communis patria totius orbis, ut deportati,*

portati, sed etiam omnia humanitatis jura officiorumque vicissitudines & commercia amittant, sint extra protectionem, clientelam & fidem imperii, & pro hostibus, transfugis & rebellibus habeantur, quos nemo urbe, domo, hospitio, mensave recipere potest, quibus tellus pontusque negatur. Equidem facile largimur Gailio, bannitorum deteriorem esse conditionem, quam deportatorum & interdictorum. Sed soli deportati & interdicti non patiebantur mediam capitis deminutionem apud Romanos. Subibant eandem & hi, quos senatus hostes judicabat *L.* 5. §. 1. *de Capite minutis.* Illi vero, quos senatus hostes judicarat, cum bannitis per omnia fere conveniebant. Patet hoc ex *Appiani Alexandrini de Bellis civil. lib.* 1. ubi Sulpicium tribunum plebis, Marium Consulem filiumque eius & duodecim alios senatores, ut auctores seditionis, consulibus rebelles, servorumque ad pileum solicitatores hostes populi Romani judicatos, simul bona ipsorum publicata, & permissum cuivis, qui in eos incidisset, vel impune illos occidere vel ad consules retrahere, memorat. Ab his, quos senatus hostes judicabat, non differebant hi, quos principes proscribebant. Formula vero proscriptionis coincidit cum formula banni. Exhibet eam idem *Appianus de bellis civ. lib.* 4. quam in Latinum versam hic apponemus: *Quod felix faustumque sit, ex his, quorum nomina huic scripto subjecta sunt, nemo quenquam recipito, neve celato, neve ablegato, neve pecunia ab eis corrumpitor. Quisquis autem vel servasse, vel adjuvisse, vel conscius fuisse deprehendetur, eum nos sine ulla excusatione veniaque referemus in proscriptorum numerum. Capita vero occisorum ad nos referunto, accepturi praemium. Eadem praemia sunto & judicibus.* Quae cum ita sint, dubium non est, bannum Imperii, quod exacte cum proscriptione & declaratione pro hoste convenit, ad mediam capitis deminutionem referri debere.

V.

Jus civitatis apud Germanos triplex est.

VI.

Ergo & media capitis deminutio est triplex.

VII.

Simplex etiam relegatio hodie jus civitatis tollit.

Qui huc usque de capitis deminutione media eiusque usu hodierno scripserunt, dum jura Romana ab institutis Germanorum non satis distinxerunt, inmanem effecere confusionem. Miramur tamen maxime, eos, qui post Schilterum hoc argumentum tractant, facem, quam ille prætulit, non sequi, sed priscis tenebris suis delectari. Explicat autem totam hanc rem optime *Schilterus de Jure peregrinorum* §. 12. *sqq. & Ex. ad D.* 3. §. 7. *sqq.* Nos, quæ ille copiosius explicat, paucis complectemur, & nonnulla, quæ omisit, supplebimus. Scilicet jus civitatis apud Romanos unum erat illud nempe, de quo *Lex* 17. *de Statu hominum* agit. At inter Germanos triplex est. Primum & præcipuum cum Romano fere convenit, nempe universale seu imperiale, cuius particeps sunt omnes, quos una & eadem Imperii maiestas subiectos sibi per omnes imperii provincias habet. Hoc tollitur vel per bannum Imperii, de quo in præcedente Meditatione dictum fuit, vel per discessum ex terris imperii in regnum aliquod externum. Alterum est jus civitatis provinciale, quod omnibus iis competit, qui sub eodem domino territoriali in eadem provincia habitant. Addimus: in eadem provincia. Neque enim sufficit definitio Schilteri, qui, *Datur*, inquit, *jus civitatis provinciale, ex jure superioritatis territorialis trahens originem, omnibus illis competens, qui eidem domino territoriali sunt subjecti.* Possunt quippe aliqui unum territorii dominum habere, atque tamen cives invicem non esse, nec communibus provinciæ juribus frui. Sic Lusati, etsi Principi Electori Saxoniæ subiecti, in Electoratu tamen Saxonico pro peregrinis habentur adeoque ob bona immobilia,

mobilia, quæ in Lusatia possident, a satisdando non liberantur, teste *Nicolai in Processu judiciario P.* 1. *cap.* 36. *n.* 7. Pariter, qui ex una provincia in aliam etsi eidem principi subjectam migrant, censum detractus, ut vocant, ad quem peregrini obligantur, solvere debent. Vide *Schwammannum de Jure detractionis cap.* 5. *n.* 2. Hoc jus civitatis provinciale, & annexa eidem jura tolluntur per relegationem ex provincia, die Landesverweisung. Ultimum est jus civitatis municipale, quod iis competit, qui uni magistratui subsunt. Ex quo consequitur, peregrinos invicem esse posse, qui in uno oppido, quid? in uno domo habitant. Qualia exempla in academiis, quod ad cives academicos & oppidanos, admodum sunt frequentia. Etsi igitur de jure Romano simplex relegatio non tollebat jus civitatis, L. 7. §. 2. & 3. *de Interdictis & relegatis*; secus tamen est jure nostro, quo jus civitatis municipale per simplicem relegationem, salvis juribus provincialibus, perit.

IIX.

Infamis nullam capitis deminutionem patitur adeoque ex familia ejici nequit.

Stuprum passa erat puella nobilis. Quod ægre ferentes fratres agnatique usu nominis gentilitii & insignium eam interdicere & ab hereditatibus, si quæ in familia obveniebant, excludere conabantur, tanquam quæ indignam se his omnibus per delictum istud famosum reddidisset. Confugiebat misella ad JCtos & ab iis sibi consilium expetebat. Putabat, se ideo inprimis tutam esse, quod duo ex fratribus suis eodem olim crimine se commaculassent atque adeo mores, quos in se probassent, in sorore improbare non possent. Sed præter hoc aliud ei longe fortius competebat argumentum. Scilicet infamia, quam utique incurrerat stuprata, existimationem quidem minuit, non vero caput, & agnatis facultatem eiiciendi ex familia & debitis emolu-

 mentis

mentis privandi non tribuit. Justinianus certe in §. 5. *I. de Capitis deminut.* negat eum, cuius dignitas & existimatio minuitur, capite minui. Deinde Imperatores in L. *un.* C. *de Emendatione propinquorum* senioribus propinquis tribuunt potestatem corrigendi & privata animadversione compescendi errata minorum, cavent tamen, ne in puniendis minorum vitiis potestas in immensum extendatur; quod profecto fieret, si eiectio etiam ex familia propinquis permitteretur.

IX.

Deminutio dignitatis & dimissio ob officio sine justa causa vel voluntate eius, qui dimittitur, fieri nequit.

Occasione §. 5. I. *de Capitis deminutione* pauca etiam de dignitatis mutatione dicemus. Scilicet aliquot JCti magni nominis eousque progrediuntur, ut virum in officio & dignitate constitutum, quamvis diu jam munus suum exercuerit, a constituentibus pro lubitu eo munere iterum privari posse, putent. Hæc *Mevii* sententia est *P.* 2. *dec.* 12. cum quo *Sande lib.* 5. *tit.* 10. *def.* 2. consentire videtur. Distinguunt scilicet inter remotionem & dimissionem ab officio. Alteram aiunt non posse fieri sine officialis delicto, atque adeo causæ cognitionem & sententiam prærequirere, cum sit species pœnæ; alteram libere fieri posse. Usum est hac distinctione celebre quoddam collegium in responso Senatui civitatis L. dato, quod, cum ad illustrandam hanc doctrinam maxime pertinet, nunc inseremus: Haben dieselben a. 1697. D. I. C. S. das Stadt-Physicat ihres Ortes aufgetragen und zu dem Ende eine Bestallung ausgestellet, nachgehends aber, auf vorher gepflogene Deliberation, gedachtem D. S. obige Bestallung aufzukündigen den Schluß gefasset, solches auch würcklich gethan, und das Stadt-Physicat einem andern Namens D. G. conferiret. Worauf sich aber ferner begeben, daß D. S. sich an die Fürstliche Regierung gewendet, und daselbst rechtliche Entscheidung gesuchet. Wannen-

Wannenhero, ob dessen Suchen diesfalls gegründet, Zweifel entstehen will. Ob nun wol an Seiten D. S. fürnehmlich vorgewendet wird, daß es allhier an erheblichen Ursachen zu Veranlassung einer Veränderung ermangele, ingleichen die Aufkündigungs Clausul in dem ausgestellten Bestallungs-Briefe nicht befindlich, diesemnach er hinwieder von denen Herren obiges Stadt-Physicats nicht schlechterdings entsetzet werden könne, indem die Remotio ab officio unter die Strafen mit gerechnet wird, also dazu ohne vorhergehendes Verbrechen, auch, ehe und bevor ein Beamter dessen beständig oder zur Nothdurft überführet, keinesweges zu gelangen; Dennoch aber und dieweil zwischen einer eigentlichen Remotion ab officio und einer Dimission ein vernünftiger Unterschied zu machen, und mit der letzteren es eine ganz andere und zwar diese kundbare Bewandniß hat, daß selbige auch ohne dringende Ursachen gleichwie von den Beamten gesuchet, also ebenmäßig von den Constituenten hinwieder wohl bewerkstelliget werden mag, gestalt denn dasjenige, was in den gemeinen Rechten sonst von einem Pacht-Contract und dessen Verbindlichkeit verfasset, auf die Amts-Bestallungen mit Bestande nicht zu erstrecken, vielmehr in denselben jederzeit die Aufkündigungs-Clausul ipso jure enthalten; So erscheinet dannenhero so viel, daß die Herren mit Abkündigung des Stadt-Physicats und D. I. C. S. Dimission gebührend verfahren, demnach dessen Suchen nicht statt habe. Atque hoc responsum convenire videtur cum *l. 6. §. 6. de Excusationibus*, ubi Septimius Severus & Bassianus Lælio Basso rescribunt: *reprobari medicum posse a republica, quamvis semel probatus sit.* Quin aliqui consilium dant Collegiis, ut, si ministro alicui munus auferre cupiant, veteranum eum ac emeritum declarent, atque ita sub honoris specie dimittant. Verum enim vero fortiora sunt longe eorum argumenta, qui negant, constituentibus jus esse, electum semel & rite renunciatum ministrum, nisi ipse consentiat, sine justa causa dimittendi;

tendi, & munere, quod gerit, privandi. Facta enim legitime & ab electo acceptata electio contractus aliquis & conventio est, atque electo jus tribuit, quod invito adimi non potest. Et licet aliqui sint, qui electionem & collationem muneris merum beneficium dicant, tamen, etsi hoc admiserimus, eam temere revocare non licebit, cum secundum veriorem sententiam, quam *Rauchbar l. 2. quæst. 11. & Ziegler de Juribus majestatis lib. 1. cap. 12. §. 13.* tuentur, nec privilegia ex mera gratia concessa sine justa causa tolli queant. Accedit, quod electio, si beneficium est, mere gratuitum tamen non sit, sed onerosum, cum electus, se vicissim quid præstiturum, polliceatur. At beneficia onerosa non posse revocari, omnes fatentur. Quod vero ad rationes adversariorum attinet, illæ facili negotio refelluntur. Nam, quod primo aiunt, ipsum electum pro lubitu se officio suo abdicare posse, atque adeo idem eligentibus licere debere, falsum esse in sequenti meditatione ostendemus. Nec quidquam nobis obest *l. 6. §. 6. de Excusationibus*, & quæ illi consonat, L. 11. §. 3. *de Muneribus.* Nam potestas reprobandi electum, quæ ibi civitati & senatui conceditur, non aliter competit, quam ex justa causa. Satis manifeste hoc apparet ex L. 2. *C. de Professoribus & medicis*, ubi Gordianus: *Oratores*, inquit, *decreto ordinis probatos, si non se utiles studentibus præbeant, denuo ab eodem ordine reprobari posse*, *incognitum non est.* Clarius vero adhuc id elucet ex *L. 5. de Decretis ab ordine faciendis*, ubi Hadrianus Nicomedensis rescribit, *non oportere id rescindi, quod semel ordo decrevit, nisi ex causa, id est, si ad publicam utilitatem respiciat rescissio prioris decreti.* Nec auctoritas JCtorum, qui nobiscum sentiant, deest. Ex antiquis nomininabimus *Hieronymum de Cævallos in Speculo Opinionum communium contra communes quæst.* 425. *n.* 16. *sqq.* recentioribus *Schilterum Exerc. ad D.* 37. §. 143. ubi responsum

ſponſum Scabinorum Lipſienſium & decretum Electoris Saxoniæ affert, atque in fine addit, dimiſſionem, deficiente cauſa, nunquam carere ignominia.

X.

Is, qui dignitatem & munus publicum gerit, eodem ſe contra voluntatem conſtituentis abdicare nequit.

Quod vero conſtituentibus permiſſum non eſt, id miniſtris quoque non licebit. Nec ergo poſſunt hi ſine venia oblatum ſibi & ſuſceptum munus relinquere, aut, ut loquuntur, invito domino reſignare. Cum enim, ut diximus, conventio inter eligentes & electum ineatur, neutri parti liberum eſt, eam, invita altera, tollere, & obligationi, quam ſponte ſubiit, ſine juſta cauſa renunciare. Deinde munera publica neceſſitatis ſunt ita, ut invitis quoque imponantur; Ergo multo minus pro lubitu abdicantur. Conſentiunt nobiſcum jura noſtra *in L. 41. C. de Decurionibus & l. 20. de Officio præſidis.* Plura hac de re habent *Stephani de Juriſdictione Lib. 1. c. 15. n. 16. Zahn in Politia municipali Lib. 2. c. 1. n. 186. & Fritſchius de Reſignationibus c. 4.* Et hunc in modum reſponderunt Scabini Lipſienſes apud *Carpzovium Lib. 4. Reſponſo 75. n. 27:* **Richter, Bürgermeiſter und Raths-Perſonen mögen, wenn ſie es gleich begehren, ihres Amts und des Rath-Stuhls nicht entlaſſen werden.**

COROLLARIA.

1 Etſi odioſa alias ſtricte ſint interpretanda per *L. 155. §. 2. de Reg. juris*, in relegatione tamen interpretatio extenſiva locum habet. Hinc relegatione ſimpliciter impoſita, perpetua intelligitur *L. 10. C. de Pœnis* & vox temporalis relegationis, der zeitlichen Landes-Verweiſung, de decennali explicatur *L. 23. de Pœnis*, & relegationis pœna etiam poſt mortem relegati hunc effectum habet, ut in civitate, ex qua relegatus eſt, ſepeliri nequeat *L. 2. de Cadaveribus punitorum*, & in Saxonia ſuperiore, qui ex præfectura vel

civitate relegatur, ex toto Electoratu relegatus censetur.. *C. Elect. Sax.* 47. *P.* 4. Extra hos tamen casus interpretatio restrictiva etiam in relegatione obtinebit.

2 Privilegium civitati Francofurtanæ a Carolo IV. datum, ut nullus eius civis queat proscribi seu in bannum Imperii declarari, irrationale non est, uti tamen existimat *Ludwig ad Auream Bullam tit.* 1. *§.* 24. *lit. S.*

3 Mulier, si forte in bannum Imperii declaretur, impune quidem occiditur, sed non impune per vim stupratur,

SPECIMEN LXIII. MEDITATIONVM AD PANDECTAS AD LIB. IV. TIT. VI. DE ABSENTIBVS.

I.

Virgines & mulieres, quæ Principis coniugi in aula serviunt, reipublicæ causa absentes sunt.



irgo nobilis, quæ per aliquot annos in aula munus ministræ cubicularis, einer Kammer-Fräulein, gesserat, domum reversa Restitutionem in integrum contra fratres, a quibus læsam se in negotio quodam querebatur, ex causa absentiæ petebat. Fratres contra, absentiam eius voluntariam & indifferentem fuisse atque adeo restitutionem non mereri, respondebant, & inprimis *l.* 42. *Ex quibus causis maiores* obiiciebant. At illa se reipublicæ causa absentem fuisse dictitabat. Tum fratres ridere audaciam hanc, quod muliercula, quæ in cubiculo uxoris principis delituerat, rempublicam obtenderet.

deret. Nihilominus JCti Helmstadienses mense Jun. anni cIↄ Iↄ CC XIII. super hac controversia interrogati assensere puellæ, ducto potissimum ex *l. 3. pr. & §. 1. Ex quibus causis maiores* argumento, ubi, quisquis officio a principe imposito præest, reipublicæ causa abesse dicitur. Nec sexus ei quidquam nocebat. Privilegia enim absentibus reipublicæ causa tributa etiam ad feminas pertinere, satis apparet ex *tit. C. de Uxoribus militum, & eorum, qui reipublicæ causa absunt.* Igitur supra dicti JCti responderunt, posse eam intra quadriennium ex eo die, quo domum deposito officio reversa sit, computandam Restitutionem in integrum implorare, per *l. 15. §. 6. Quod vi aut clam & l. 1. C. de Temp. in int. restit.* Ob wohl die vorgeschützte Abwesenheit, da die Fräulein an einem entferneten Fürstlichen Hofe als Cammer-Fräulein gelebet, eine absentia voluntaria und indifferens zu seyn scheinet, welche in den Rechten so gar sonderlichen favorem nicht hat; Alldieweil aber ein Cammer-Fräulein in Fürstlichen Diensten stehet, folglich ihre Abwesenheit pro absentia laudabili zu achten ist, also nach Verordnung der Rechte das quadriennium Restitutionis in integrum seinen Anfang nicht eher nehmen kan, als, bis sie von dieser Bedienung wiederum nach Hause gelanget; So ist die Fräulein von N. der ihr zugefügten Læsion halber zu klagen und Restitutionem in integrum ex causa absentiæ zu suchen wohl berechtiget.

II.

Restitutio in integrum ex capite absentiæ tunc locum non habet, cum ex circumstantiis verosimile est, læsum, etsi præsens fuisset, læsionem evitaturum non fuisse.

Vulgaris hic error est, ut, qui ex capite absentiæ vel paupertatis vel alterius huiusmodi se in integrum restitui petunt, absentiam vel paupertatem simpliciter commemo-

 rent,

rent, nec quidquam præterea addant. Debebant autem præterea ostendere, illam ipsam absentiam aut paupertatem causam læsioni, quam incurrerunt, dedisse. Nos igitur, quoties animadvertimus, læsionem ex absentia directo non oriri, sed forsan præsenti quoque obventuram fuisse, Restitutionem in integrum non admittimus. Adstipulatur nobis Paulus *in L.* 44. *Ex quibus causis maiores.* Huc pertinet casus JCtis Helmstadiensibus mense Novembri anni CIↃ IↃ CCXIV. oblatus. Orto concursu creditorum, quidam inter chirographarios simplices collocatus, se propter absentiam reipublicæ causa arrestum bonis debitoris imponere atque jus reale consequi non potuisse, querebatur, atque in integrum se restitui petebat. In eodem vero concursu alii creditores jurium peritissimi & ipsius, coram quo litigabatur, judicii assessores, etsi præsentes fuissent, tamen arresti impositionem neglexerant. Probabile igitur non erat, absentem istum, si vel maxime adfuisset, iis solertiorem futurum fuisse. Quamobrem sic respondimus: Was die ex capite absentiæ gesuchte Restitutionem in integrum wider den allzuspät angelegten Arrest betrifft, so kan solche daher nicht statt haben, weil nicht zu vermuthen, daß Supplicant, wenn er auch gegenwärtig gewesen seyn solte, eher, als der Regierungs-Rath Montigny und andere, so erst post motum concursum sich gemeldet, den Arrest gesucht und ein besseres Recht erhalten haben würde, bey welchen Umständen Restitutio in integrum ex capite absentiæ hinweg fällt.

III.

Negotium in præiudicium absentis non citati & indefensi, etsi judiciali auctoritate gestum, ipso jure nullum est, adeo, ut nec opus sit in integrum restitutione.

IV.

Nullitas illa evitari potest, si absenti curator constituatur.

V. *Quo-*

V.

Quoties absens citandus est, non sufficit, citationem ad domum ab illo relictam aut consortibus eius insinuari.

Melius longe remedium esse querelam nullitatis, quam Restitutionem in integrum, etiam tirones norunt. Ibi enim læsionem demonstrare necesse non est, quæ in restitutionis petitione operose probari debet. Deinde restitutionis beneficium lapsu quadriennii, nullitatis querela post triginta annos exspirat. Igitur qui negotium ex capite nullitatis impugnare potest, parum sibi prospicit, si restitutionem petat. Nulla vero sunt illa negotia omnia, quæ in detrimentum absentis tendunt, siquidem absens iste neque vocatus legitime fuerit, neque curator ei constitutus sit. Fac itaque, prædium aliquod, cuius dominium pro parte ad absentem pertinebat, ob æs alienum publice sub hasta vendi. Numquid reversus absens iste alienationem hanc impugnare & prædium venditum revocare poterit? Equidem Restitutio in integrum ei sine dubio competit per *l.* 7. §. 1. *de Distract. pign.* At nos, illum nec opus quidem habere restitutione, sed, subhastationem ipso jure nullam esse, putamus. Magna quidem est hastæ fiscalis fides & auctoritas, sed non tanta, ut per eam absentes inauditi & indefensi bonis suis exuantur. Ante omnia enim debitori subhastatio futura denunciari debet. *L.* 4. *C. de Distract. pign.* Quæ denunciatio si omittatur, nulla est ipso jure subhastatio, teste *Bergero in Electis Discept. For. p.* 110. Neque oberit quidquam absenti, quod ille pro parte tantum dominus sit, & ceteris eius consortibus denunciatio facta, aut, quod citatio ad domum insinuata fuerit. Citatio namque iis quidem, qui citati fuerunt, nocet, non etiam sociis & consortibus eorum. Sed his jus quod ad partem ipsorum salvum manet. Vid. *Lud. Post. de Subhastat. Inspect.* 36. *n.* 23. *&* 36. *&*

Martini in Processu Tit. 39. §. 11. *n.* 89. Porro nec citatio ad domum facta sufficit, cum citatus in ea non habitat, neque familiam suam ibi habet, uti jam supra *in Spec. XXX. de in jus vocando, Meditat. VI.* ostendimus, & *Bergerum in Electis Discept. For. p.* 70. consentientem habemus. Quamobrem, ut contra absentem recte procedatur, necesse est, locum investigare, in quo vivit, & ad eum citationem mittere. Quodsi is explorari nequeat, citandus est publice. Si nec tunc compareat, curator ei publica auctoritate constituitur, huiusque consensus in negotiis gerendis adhibetur. Sic responderunt JCti Vitembergenses, mense Decembri anni CIↃ IↃ CC XI: Ist währender Zeit, da Caius sich in Krieges-Diensten ausser Landes befunden, dasjenige Haus, dessen Theil er von seinem Vater ererbet, auf Ansuchen eines Gläubigers Anfangs gerichtlich vor 5300 Rthlr. taxiret, nachgehends öffentlich sub hasta feil geboten, und an Titium, als den meistbietenden, vor 3600 Rthlr. überlassen worden. Nachdem aber Caius aus dem Kriege zurück gekommen, hat er, und nach seinem kurtz darauf erfolgten Absterben dessen Erben, daß ihnen solches Haus, refusis refundendis, wieder eingeräumet werden möchte, angesuchet. Da denn derselbe, ob Titius das sub hasta erstandene Haus, refusis refundendis, wieder abzutreten schuldig sey, zu wissen verlanget. Ob nun wohl die Auffkündigung des Capitals, welche nach Inhalt der Schuldverschreibung ein viertel Jahr vorher geschehen sollen, dem Caio zwar nicht selbst wegen seiner Abwesenheit, gleichwol ad domum eius durch Insinuation der gerichtlichen Monitoriorum, wie nicht weniger seiner Schwester, welche als Condebitricin haftete, geschehen; bey welchen Umständen es das Ansehen gewinnet, ob sey die geschehene Subhastation des Hauses allerdinges beständig, und Titius dasselbe vor die dafür gegebene Summa wieder abzutreten nicht schuldig; Dennoch aber und dieweil Caius das halbe Eigenthum an dem Hause gehabt, und aber bekannten Rech-

Rechtens, daß eine Subhastation ohne vorhergehende Citation aller derjenigen, welchen das subhastirte Guth zustehet, nicht beständig sey, oder doch wenigstens denen, so nicht citiret worden, an ihrem Antheil nicht präjudiciren könne, ferner dergleichen Citation nicht in des Schuldners Haus oder Guth, im Fall er nicht wesentlich daselbst wohnet, sondern ihm selbst in faciem insinuiret, oder, daferne man den Ort seines Aufenthalts nicht erfahren kan, öffentlich angeschlagen, und, wenn er aussen bleibt, ihm von der Obrigkeit ein Curator absentis bestellet werden muß, welches alles denn allhier nicht in acht genommen worden, indem die der Berthæ als Condebitricin geschehene Insinuation dem Caio nicht schaden mögen, im übrigen, und, wenn auch gleich die Subhastation zu Recht bestünde, der Caius dennoch dagegen ex causa absentiæ in militia, da zumal die Læsion in continenti aus der von der gerichtlichen Taxa so sehr unterschiedenen Kauf-Summa hervor scheinet, in integrum zu restituiren wäre; So ist Titius des Caii Erben, refusis refundendis, das sub hasta erstandene Haus zur Helfte abzutreten schuldig.

VI.

Absens læsus, cui notabilis simul negligentia imputari potest, in integrum non restituitur.

Sæpe absentes læduntur, at ita, ut non sola absentia læsionis causa sit, sed aliqua simul negligentia absentis. Tum vero Restitutio in integrum locum non habet. Clare satis Paulus *in L. 16. Ex quibus causis maiores*: *Non negligentibus*, inquit, *subvenitur*, *sed necessitate rerum impeditis*, *totumque istud arbitrio prætoris temperabitur*, *id est*, *ut ita demum restituat*, *si non negligentia*, *sed temporis angustia non potuerunt litem contestari.* Quæ lex tamen temperanda est ex aliis, quas supra *in Spec. XXXII. de Contumacia, Medit. I.* memo-

memoravimus, ut scilicet non omnia ad vivum resecentur, nec quælibet levis negligentia Restitutionem impediat. Nam, si accurate nimis & scrupulose cuncta exigas, pauci absentes ab omni culpa immunes erunt. Igitur notabilis negligentia aut juris ignorantia sit oportet, ob quam Restitutio absenti denegetur. Exemplis rem illustrabimus. Ita nempe mense Maio anni cIↃ IↃ CC IX. JCti Vitembergenses responderunt: Hat Lucas Kühne bey der Regierung zu Halle gegen Christoph Heinrich Lauterbachs Erben Klage erhoben; Da denn Anno 1701 den 13. May soll erkannt worden seyn, daß Beklagte dem Kläger die streitigen Güther abzutreten schuldig. Welchen Abschied beklagte Wittwe und Erben zu Lüneburg zwar geleutert, die Leuterung aber, weil sie die Succumbenz-Gelder zu rechter Zeit nicht erleget, desert werden lassen; Wannenhero der Herr zu wissen begehret, ob Beklagte in Ansehen, daß sie wegen weit entlegenen Ortes die Zeit der Succumbenz-Gelder leicht können verfliessen lassen, Restitutionem in integrum zu erhalten vermöchten. Ob nun wohl die ziemlich weite Distanz von Lüneburg und Halle einige Absentiam zu induciren, folglich ex hoc capite die Restitution der Wittwe und den Erben zuzukommen scheinet; Dieweil aber dennoch die Leuteranten von Nothwendigkeit der zu erlegenden Succumbenz-Gelder gar wohl Wissenschaft gehabt oder haben sollen, solche auch, wenn sie nicht nachläßig gewesen, zu guter Zeit gleich bey eingewendeter Leuterung überschicken können; So mag die Restitutio in integrum der Wittwe keinesweges zu statten kommen. Similem in modum JCti Helmstadienses mense Januario anni cIↃ IↃ CC XIII. responderunt: Der Beklagten ist in dem letzt eröffneten Urthel die Antwort auf die Klage sub pœna confessi & convicti auferleget, nachgehends hierzu eine Frist von Vierzehen Tagen angesetzet, und, da selbige bereits verflossen gewesen, eine andere von Vier Wochen verstattet worden. Nachdem aber diese abermahlen verstrichen, hat

Kläger der Beklagten beständigen Ungehorsam angeklaget, und sie pro confessa und convicta zu halten gebeten. Nun entschuldigte zwar derselben Advocatus seine Principalin damit, daß sie mit ihrem Eheherrn auf seine Güther in Francken verreiset, und die zur Instruction in dieser Sache gehörigen Documenta zu Berlin gelassen, also ihm dem Advocato den nöthigen Unterricht nicht ertheilen können. Alldieweil aber die Abwesenheit demjenigen nicht zu statten kommt, von welchem zugleich einiges Versehen und Nachläßigkeit mit untergelaufen, und denn allhier nicht geläugnet werden kann, daß Beklagte schon lange vor ihrer Reise die nöthige Nachricht und Documenten übersenden, auch, da sie schon verreiset, gar wohl von ihren Gütern aus Instruction ertheilen, oder doch vor Ablauf der peremtorie gesetzten Frist um Verlängerung derselben anhalten können; So haben wir, daß Beklagte nunmehro pro confessa und convicta zu achten, demnach die gefoderten 1188 Rthl. 19 Gr. sammt denen verursachten Unkosten Klägern zu erstatten schuldig erkannt.

VII.

Absentia etiam ordinaria parit aliquando restitutionem in integrum.

Notissimum est discrimen inter absentiam ordinariam & extraordinariam. Illam vocant, cum quis abest ab eo loco, in quo domicilium non habet, quo modo civis Hamburgensis Lipsiæ abesse dicitur. Atque hanc absentiam ordinariam ii, qui de restitutione in integrum ex causa absentiæ commentantur, huius loci esse & restitutionem in integrum mereri, communiter negant. Vide *Struvium in Syntagm. Juris civ. Exerc.* 8. §. 71. Nos vero & his absentibus aliquando restitutionem indulgendam putamus, non quidem regulariter, sed tunc, cum clare apparet, eos ob locorum distantiam sine omni culpa sua quid omisisse, atque in grave detrimentum incurrisse. Quam sententiam no-

ſtram & æquitas commendat, & *Lex* 26. §. 9. *in f. t. Ex quibus cauſis majores* confirmat. Atque ita JCti Vitembergenſes ſuper eodem, de quo *in præcedente Meditatione* diximus, caſu reſponderunt: Weil die Entlegenheit der Oerter Lüneburg und Halle eigentlich vor keine Abſenz zu achten; So mag die reſtitutio in integrum der Witwe nicht zu ſtatten kommen; ſie könnte und wollte denn, daß wegen ſolcher Entlegenheit die Succumbenz-Gelder zu rechter Zeit zu überſchicken unmöglich geweſen, gebührend beybringen. Deſſen genöſſe ſie billig.

COROLLARIA.

1 Mercatores reipublicæ cauſa abſentes non ſunt, niſi directo in utilitatem reipublicæ commercia exerceant. *L. 5. §. 3. de Jure immunitatis.* Interim aſſentimus *Wiſſembachio*, qui in *Diſp. 15. ad D. §. 4.* mercatorem etiam lucri ſui cauſa peregrinantem & per abſentiam læſum reſtitui debere affirmat.

2 Abſens etiam contra bonæ fidei poſſeſſores in integrum reſtituitur *L. 17. pr. Ex. quibus cauſis majores.*

3 Abſens collegii membrum ad electionem faciendam vocandum eſt. Quæ tamen vocatio tunc recte omittitur, ſi ille longe abſit & periculum ex mora metuatur *c. 18. X. de Electione.*

SPECIMEN LXIV. MEDITATIONVM AD PANDECTAS AD LIB. IV. TIT. IV. DE RESTITVTIONE IN INTEGRVM EX CLAVSVLA GENERALI.

I. *Reſti-*

I.

Restitutio ex clausula generali non in gratiam tantum absentium, sed etiam praesentium constituta est.

II.

Contra termini probatorii lapsum restituitur is, qui copiam actorum ad conficiendos articulos probatorios necessariorum non habuit.



Inter causas restitutionis in integrum praecipua est est clausula, ut vocatur, generalis; *Si qua alia mihi justa causa videbitur, in integrum restituam.* Vide *L.* 1. §. 1. & *L.* 26. §. 9. *Ex quibus causis majores.* Hanc clausulam tantum ad absentiam pertinere, nec ad alios casus extendi posse, putant *Wesembecius ad tit. Ex quibus causis majores n.* 10. *Wesembachius ad π. Disp.* 15. §. 7. & *Schilterus Exerc. ad π.* 11. §. 29. Igitur hanc praetoris mentem fuisse aiunt: *si qua alia mihi justa ABSENTIAE causa videbitur.* Rationem opinionis huius suae hanc afferunt, quod exempla in L. 26. & *sequentibus* memorata omnia de absentibus agunt. Verum enim vero ex hoc ipso non consequitur, praetorem ad solam absentiam respexisse. Contrarium potius, &, quod praetor casus quoque fortuitos & alia impedimenta atque quascunque aequitatis rationes comprehendere voluerit, apparet ex L. 1. *pr. Ex quibus causis majores* ibi: *tempus, quo quis reipublicae operam dabat, vel adverso casu laborabat; ne vel obsit, vel prosit, quod EVENIT,* deinde ex eadem *L.* 1. §. 1. ubi post varias absentiae species recensitas subjicitur: *sive cui pro magistratu sine dolo ipsius actio exemta esse dicetur, item si qua alia mihi justa causa esse videbitur;* porro ex *L.* 3. C *Quibus ex causis majores,* ibi: *in contractibus, qui bonae fidei sunt, etiam majoribus officio judicis causa cognita publica jura subveniunt;* item ex *L.* 2. *de in integrum restitutionibus,* ibi: *aut justam errorem.* Adde L. 26. §. 4, 5, 6, 7. *Ex quibus causis*

 majo-

majores. Huc pertinent exempla, quæ in aliis titulis occurrunt. Sic in §. 5. *I. de Heredum qualitate* contra aditionem hereditatis damnosæ restituitur heres, quod post aditam hereditatem grande æs alienum, quod post aditæ hereditatis tempore latebat, emersisset. In §. 33. *I. de Actionibus* contra pœnam plus petitionis restituitur, qui totum legatum petierat, sed ex prolatis deinde codicillis, ademtam sibi partem legati, intellexerat. Omnium vero clarissima est *Lex* 1. §. 9. *de Itinere actuque privato*, ubi Ulpianus: *Si quis*, ait, *propter inundationem usus non sit itinere actuque hoc anno, cum superiore usus sit, potest repetita die, hoc interdicto uti per in integrum restitutionem ex illa parte, si qua mihi justa causa esse videbitur. Sed etsi per vim hoc ei contigerit, in integrum restitui oportere, Marcellus probat. Praeterea & aliis casibus interdictum repetita die competit, ex quibus in integrum quis restitutionem impetrare soleat.* Quæ cum ita sint, dubium non est, quin jus Romanum restitutionem in integrum ex clausula generali ad præsentes etiam variis casibus læsos extendat. Et hoc usu quoque servatur. Varia eius rei quotidie obveniunt exempla. Ita JCti Helmstadienses mense Junio anni CIƆ IƆ CCXII. in integrum restituerunt aliquem, qui terminum sibi ad probandum præfixum prætermiserat, sed pro excusatione afferebat, quod copiam actorum, sine quibus articuli probatorii commode confici non potuerant, haud habuisset: Der Beweis in der Wiederklage scheinet, weil dessen Fatale von Zeit des in instantia appellationis eröfneten und in Kraft Rechtens ergangenen Urthels zu laufen anfängt, desert zu seyn. Man hat aber selbigen dennoch in Ansehung, daß die Beweis-Artickel ohne Inspection der Acten nicht füglich verfertiget werden mögen, und aber deren Remission erst lange hernach, ohne daß Beklagten hierbey etwas zu imputiren, erfolget, annoch ex capite restitutionis in integrum vor zulässig gehalten.

III. *Qui*

III.

Qui per imperitiam vel negligentiam procuratoris læsus est, in integrum quidem restituitur, non tamen, nisi in subsidium, excusso videlicet procuratore.

Alia restitutionis in integrum ex clausula generali causa est imperitia vel negligentia procuratoris. Magna vero hic inter ipsas leges civiles pugna esse videtur. Aliquæ ei, qui culpa vel fraude procuratoris læditur, etsi reipublicæ causa absens fuerit, restitutionem in integrum denegant *l.* 39. *Ex quibus causis majores, l.* 10. *C. de Procuratoribus.* Aliæ simpliciter illam concedunt *l.* 26. §. 9. *Ex quibus causis majores.* Ista jurium pugna non potuit non magnum inter Doctores certamen excitare, de quo componendo nos quidem in præsens non laborabimus. Præferimus tamen nostramque facimus illorum sententiam, qui in integrum restitutionem admittunt, sed tantum in subsidium, excusso videlicet & non solvendo existente procuratore. Hæc sententia media, etsi non paucis displiceat, omnium tamen optime cum allatis modo legibus conciliari potest, & secundum *Gailium lib.* 1. *Observ.* 45. *n.* 9. in Camera Imperii recepta, aliorum quoque collegiorum assensu comprobata testibus *Ummio Disp. ad Proces.* 3. *n.* 52. *& Bergero in Oeconomia juris p.* 897. & a Potentissimo Prussorum rege in der allgemeinen Ordnung die Verbesserung des Justiz-Wesens betreffend §. 31. confirmata est. Quapropter & JCti Helmstadienses eam in pronunciando sequuntur. Fecerunt id mense Januario anni CIↃ IↃ CC XV: Was die Frage betrift, ob Kläger restitutionem in integrum suchen könne; so ist bey den Rechtsgelehrten ausgemachet, daß derjenige, so per culpam oder imperitiam seines Advocatin Schaden leidet, restitutionem in integrum, jedoch anderer Gestalt nicht, als, wenn er zuförderst den Advocaten belanget, und gebührend exequiret, suchen könne. Nun liegt allhier am hellen Tage, daß der Advo-

cat dadurch, weil er den dem Kläger höchst nachtheiligen Bescheid in Kraft Rechtens erschiessen lassen, und nicht, wie er gesollt, a viribus rei judicatæ suspendiret, einen großen Fehler begangen und Klägern Schaden zugezogen. Dennoch ist Kläger nach der eingeführten praxi wohl berechtiget, wider den durch Versehen des Advocaten rechtskräftig gewordenen Bescheid restitution zu suchen, wenn er zuförderst beybringet, daß er den gewesenen Advocaten gebührend belanget, von ihm aber wegen Mangel der Mittel keine Satisfaction erlangen können. Similiter iidem mense April anni cIↄ Iↄ cc xvII. responderunt: Es hat Kläger den ihm auferlegten Beweis geführet, siehet aber nach Publication des Rotuli dessen Unzulänglichkeit wohl, und begehret unter dem Vorwand, daß er seinem bisherigem Advocato einen Zeugen und Documenta, deren sich selbiger nicht bedienet, suppeditiret, restitutionem in integrum, welche ihm auch in dem letzten Bescheide auf dem Fall, da er sein Vorgeben eydlich erhärten würde, ertheilet worden. Hierüber beschweret sich nun Beklagter und führet dagegen an, es sey post publicationem attestatorum verboten, einen neuen Beweiß anzutreten, den einigen Fall ausgenommen, da ganz Zeugen und Documenta aufgefunden würden, welcher casus allhier nicht vorhanden. Ob nun wohl ausserdem auch ex capite restitutionis in integrum ein neuer Beweis post didicita attestata verstattet wird, L. 36. de *Minoribus*, teste *Martini in Processu tit.* 29. *Rubr. n.* 61. Weilen aber doch, wenn ein Versehen des Advocati dabey mit unterläufet, die Restitution anderer Gestalt nicht, als excusso & non solvendo existente procuratore, verstattet wird, welches denn der gemeinen Praxi gemäß ist; So seynd wir den gegebenen Bescheid, jedoch mit der angehängten Erklärung, daß Klägern vor allen Dingen gebührend beyzubringen obliege, wie er von seinem bisherigen Advocaten die Ersetzung des ihm zugefügten Schadens nicht erlangen könne, zu bestätigen bewogen worden.

IV. *Qui*

IV.

Qui, dum falsam celebris JCti opinionem sequitur, lapsus est, in integrum restituitur.

Auctoritas judicis vel celebris JCti merito a nobis inter causas restitutionis in integrum refertur. Id quod jam supra in *Speciminis XXXIII. Meditatione 4. & 5.* diximus, atque argumento *L. 10. in fin. de Bonorum possession. & L. 9. §. 3. de Juris & facti ign.* stabilivimus. Igitur rationes nostras iterum nunc non proponemus, sed novum, quod succurrit, exemplum saltem memorabimus. Accidit nempe interdum, ut in sententia judicis alicui certum, infra quod actionem suam probet, spatium definiatur, simul vero aliud quid expediendum præcipiatur, e. g. Daß Kläger zufördersi den Vorstand der Wiederklage und Unkosten halber zu bestellen und den Grund seiner Klage binnen 4 Wochen zu erweisen schuldig. Quæritur igitur, ex quo die menstruum hoc spatium currere incipiat. Nullam nos videmus causam, cur a notissima juris regula, quæ spatium probationis a die rei judicatæ computat, sit recedendum. Cum ratione enim quodammodo & æquitate pugnaret, computationem a die, quo alteri sententiæ parti satisfactum sit, inchoare. Ita enim is, qui probare jussus est, obsequium hoc diutissime differre & probationem in infinitum extrahere posset. Perciperet etiam insigne ex negligentia, culpa & mora sua emolumentum. Sed hoc jam ante nos *Heroldus in Observationibus* copiosius ostendit, & a nobis forsan infra uberius deducetur. Reperiuntur tamen aliqui contrariæ opinionis assertores, viri non incelebres *Berlichius P. 1. Concl. 38. n. 28. & Ludovici in Processu civili cap. 15. §. 8.* A quibus etsi dissentiant JCti Helmstadienses, hoc tamen eorum auctoritati tribuunt, ut, si quis illa inductus spatium probandi sibi præfixum prætermittat, eum in integrum restituant, sed tamen in expensarum refusionem condemnent. Et sic mense Decembri anni

CIƆ IƆ

CIↃ IↃ CCXV. responderunt: Der gegenwärtige Streit kommt haupsächlich darauf an, ob Klägere sich an dem ihnen nachgelassenen Beweis versäumet. Ob nun wohl die von ihnen zur Salvirung solchen Beweises angeführte Entschuldigung, daß nämlich der Beweis-Termin eher nicht, als bis zuvor denen übrigen im Urthel enthaltenen Puncten ein Genügen geschehen, zu laufen anfange, von geringer Erheblichkeit ist, indem solche Excuse der Vernunft und Billigkeit nach anderer Gestalt keinen Platz findet, als, wenn nicht dem probaturo, sondern dem Gegentheil was zuforderst zu prästiren auferlegt wird, dieser aber sich hierinnen säumig erzeiget, dahingegen, wenn der Probaturus selbst nachläßig ist, seine eigene culpa und mora ihm keinen Vortheil schaffen, noch tanquam propria turpitudo zu Salvirung des versäumten Beweises angeführet werden kann, und es demnach das Ansehen gewinnet, ob hätte der Beweis vor desert erkannt werden sollen; Alldieweil aber Klägere die Meynung einiger Rechtslehrer, als des Berlichii und Ludovici, vor sich gehabt, und durch dieselbe sich vielleicht bewegen lassen, prorogationem termini nicht eher zu suchen, und einem Richter vergönnet ist, wenn er es der Billigkeit gemäß befindet, auch aus andern Ursachen, welche expresse in den legibus nicht enthalten, in in integrum zu restituiren; So haben wir es ex capite restitutionis in integrum bey vorigem Urthel gelassen, dabey aber Klägern die Erstattung der sämmtlichen durch solche Restitution verursachten Unkosten, als welche der Restitutus jederzeit zu tragen schuldig ist, auferleget.

V.

Pauper non per omnia in integrum restituitur, sed quod ad illa saltem negotia, in quibus pecunia opus fuit.

VI.

Contra fatalia interponendæ appellationis pauper nonnunquam in integrum restituitur.

VII. *Ad*

VII.

Ad jura pauperum quis admitti potest, etiamsi amplissimorum prædiorum dominus sit.

Pauperum quidem mentionem prætor expressam non facit. Quin tamen sub clausula illa generali comprehendantur, non dubitamus. Ipsa hoc recta ratio & æquitas suadet, ut adeo opus non sit, pro stabiliendo hoc pauperum privilegio cum vulgo DD. obscurum aliquod argumentum ex *l. 76. de Procuratoribus* deducere. Vide tamen *c. 8. X. de Appellationibus*. Sed non promiscue pauperibus hoc perfugium patet, verum tunc saltem, cum in negotio læsi sunt, quod sine impensa perficere non potuerunt. Sic pauper contra omissæ prosequendæ appellationis fatalia, quæ sine sumtu observare non potuisset, in integrum restituitur, teste *Mevio P. 3. Decis.* 178. Contra, ut monet *Brunnemannus ad l. 76. de Procuratoribus n. 2.* in fatalibus interponendæ appellationis, in quibus pecunia opus non est, pauper non juvatur. Sed ab hac Brunnemanni opinione recedendum est nonnunquam. JCti certe Helmstadienses ab ea mense Julio anni cIↄ Iↄ cc xvII recesserunt, & pauperem contra omissam appellationem in integrum restituerunt. Sententia scilicet contra eum lata fuerat. Sed copiam eius sententiæ judex illi, quod debitas sportulas solvere non posset, facere detrectarat. Lapsum itaque erat interponendæ appellationis tempus. Huic profecto restitutio in integrum sine iniustitia non poterat denegari. Anfänglich wird in unserem Urthel der Roggelin gedacht. Derselben ist zwar ihre Prætension in contumaciam abgesprochen worden. Daferne sie aber ihrem Anführen nach von ihrer Obrigkeit das Armen-Recht erhalten, und ihrer Armuth halber die Decreta nicht auslösen konnen, so mag ihr das Armen-Recht auch in hiesigem Judicio, und folglich die Restitutio in

integrum nicht versaget werden. Ceterum singulare est, quod interdum ad pauperum jura admittatur, qui indubius amplissimorum bonorum dominus est, si scilicet per casum & calamitatem illis frui impediatur. Memorat *Marta Neapolitanus Digest. noviss. tom. 1. verb. Expensæ cap.* 54. petiisse quendam jura paupertatis, cuius aliqua bona sequestrata, cetera vero, quæ in Flandria possidebat, etsi opima satis, ab Hispanis tamen tunc direpta domino fructum nullum ferebant. Cui certe beneficia pauperum denegari non potuerunt, vel ideo etiam, quod prædium, quamdiu ab hostibus occupatum est, civiliter periisse censeatur L. 12. §. *ult. de Rebus auct. jud. possid.*

IIX.

Rustici ob solam imperitiam in integrum non restituuntur.

Multa sunt & magna rusticorum privilegia, quæ Collega noster *Kressius* eleganti scripto *de Privilegiis agriculturæ apud Germanos* complexus est. Sed caveamus tamen, ne plus justo illis indulgeamus. Dispiciemus nunc imprimis, utrum restitutio in integrum ex clausula generali facile iis sit indulgenda. Implorant eam frequentissime, sicubi in contractu vel processu per imperitiam vel negligentiam lapsi sunt. Nec negamus, succurrendum illis interdum esse. Sed ut hoc fiat, singulares æquitatis rationes concurrant, oportet. Nam si temere homines agrestes restituas, nemo, qui cum illis vel contrahit vel litigat, securus erit, sed semper rescissionem negotii timebit. Igitur sola rusticitas causa restitutionis in integrum non est, nisi errorem, quem rusticus commisit, adhibita diligentia, qualis in istiusmodi homines cadit, & consultis peritioribus, vitare facile non potuisset. Consentiunt nobiscum jurium nostrorum conditores, ut ex *L. 2. C. de in jus vocando & L.* 10. *de Bono-*

rum

rum possessionibus apparet. Consentiunt JCti Vitembergenses apud *Bergerum in Oeconomia juris lib. 3. tit. 15. §. 14. n. 4. & Wernherum P. I. Observat. forens. 52.* Quibus addemus alind eorundem responsum mense Martio anni CIↃ IↃ CC XII. datum: Es bestehet der Beklagten fürnehmstes gravamen darinnen, daß ihnen als einfältigen Bauersleuten, wenn sie auch gleich an dem Eyde versäumet, die restitutio in integrum zu statten kommen müste. Alldieweil aber die vorgeschützte Rusticitas keine genugsame Ursache ist, restitutionem in integrum zu erlangen; So haben wir voriges Urthel confirmiret.

IX.

Restitutio in integrum, ex justa licet causa petita, recte denegatur, si appareat, eam inutilem futuram.

Sæpe restitutio in integrum petitur atque justa etiam causa, ob quam concedi debeat, allegatur. Nec tamen a judice confestim indulgenda, sed dispiciendum prius est, sitne utilis futura illi, qui eam implorat. Fit enim interdum, ut magis noceat restitutio restituto, quam prosit. Fac scilicet, sententiam contra Ecclesiam, absentem, minorem vel alium privilegium latam, omissa per incuriam appellatione, in rem judicatam transiisse, & restitutionem in integrum contra neglectam appellationem peti. Adest læsio, adest & justa restituendi causa. Ergo videri poterat, non debere restitutionem recusari. Verum judex præterea consideret, necesse est, sperandumne sit, ut, concessa appellatione, sententia lata rescindatur. Quodsi enim animadvertat, istam illam fuisse, frustra appellatio omissa restituetur. Huc pertinet argumentum *l. 44. Ex quibus causis maiores.* Et responderunt JCti Helmstadienses mense Maio anni CIↃ IↃ CC XVI: Ob es wohl das Ansehen gewinnet, ob sey die von dem klagenden Closter gesuchte Restitution aller-

dinges zulässig; Alldieweil aber die Appellations-Gravamina von so geringer Erheblichkeit seynd, daß, wenn auch Kläger zu Fortsetzung dieser Appellation gelassen würde, dennoch nothwendig eine Confirmatoria des vorigen Urthels erfolgen müste, diesemnach die gesuchte Restitution dem Closter keinen Vortheil bringen, sondern vielmehr schädlich seyn würde; So seynd wir, daß weder die von Klägern eingewandte Appellation noch gesuchte Restitution statt habe, zu sprechen bewogen worden.

COROLLARIA.

1 Etiam supina ignorantia, seu, ut DD. loquuntur, fatua causa interdum præbet justam restituendi causam. Nec obstat *L. 6. de juris & facti ign.*

2 In causis matrimonialibus lapsus restituitur, non solum is, qui pro matrimonio, sed &, qui contra illud laborat. *Berger in Electis Proc. matrim. §. 37. & 40.*

3 Cœcitas est justa restitutionis causa. Dissentit *Berger in Oeconomia juris p. 899.*

SPECIMEN LXV. MEDITATIONVM AD PANDECTAS AD LIB. IV. TIT. IIX. DE ARBITRIS

I.

Arbitri ad arbitrium dicendum aliquando coguntur.

Z 2 Equi-



quidem Ulpianus in L. 3. §. 1. *de Receptis*, *qui arbitrium*: *Neminem*, inquit, *prætor cogat arbitrium recipere*, *quoniam hæc res libera & soluta est*, & *extra necessitatem jurisdictionis posita.* Et ipse Christus *Lucæ XII*, 14. oblatum sibi arbitri vel potius mediatoris munus cum indignatione recusat. Nec jus naturæ quempiam ad recipiendum arbitrium obligat. Etsi enim ad officia humanitatis referendum sit, arbitrium dicere & per illud litem finire, is tamen, qui prævidet, odium sibi alterutrius & periculum inde imminere, ad onus tale subeundum nec ex humanitatis quidem regulis obstringitur. Nemo quippe cum damno & discrimine suo ad benefaciendum alteri est obligatus. Quæ cum ita sint, thesis nostra falsa, & æquitati atque juri contraria videri poterit. Sed non est. Loquimur scilicet de casu, quo hi, qui arbitrium alicui deferunt, imperium in eundem habent. Nam quemadmodum universitas membrum aliquod suum ad subeundas syndici partes compellere potest, ex sententia **We-sembecii** *ad tit.* *Quod cujusque universitatis n.* 5. & *Lauterbachii in Collegio Theor. pract. ad eund. tit.* §. 18. ita tale membrum, quod universitas ad sopiendas lites suas eligit, munus hoc collegio suo salutare detrectare nequit, aut, si detrectet, iisdem pœnis coercetur, quibus illi, qui munera publica recusant, subjiciuntur. Singulare ejus rei exemplum in tabulis pacis anno cIↃ IↃ cLIV. inter Britannos Belgasque factæ apud *Londorpium Act. publ. contin. l.* 6. occurrit. Quarum tabularum *capite* 28. cautum est, ut ad damnum, quod Belgæ Britannis in Dania dederant, æstimandum arbitri ab utraque republica eligerentur, hique, si intra 27. Junium & Kalendas Sextiles de sententia non convenirent nec controversiam arbitrio suo dirimerent, soli in cameram concluderentur, ibique sine cibo, potu, igne, lumine tamdiu relinquerentur, donec consentirent.

II.

Sententia arbitri tantum intra decendium impugnari potest, postea non.

III.

Quod si tamen læsus manifestum errorem ab arbitro comissum ostendere possit, laudum, elapso etiam decendio, recte impugnatur.

Quæstio gravis est inter DD. an plane a laudo arbitri liceat appellare. Affirmant multi propter *l.* 9. & 10. *Qui satisd. cog. & l.* 76 *pro socio.* Negant alii ob *l.* 1. *C. de Receptis arbitris & l.* 72. §. 2. *de Receptis, qui arbitrium.* Quæ leges adeo inter se pugnant, ut conciliationes, quæ vulgo afferuntur, ad tollendam hanc pugnam vix sufficiant, & *Bartolus ad l.* 77. §. *Arbitrorum Pro socio n.*22. principis decisionem tanquam in inextricabili controversia requirat. At nobis res clara & jam tum a Justiniano decisa videtur. Scilicet antiqui JCti, quorum fragmenta Pandectis inspersa sunt, dissenserunt invicem, & pars reductionem causæ ad arbitrium judicis permisit, pars rejecit. Ad horum sententiam Antonius Imp. in *l.* 1. *C. de Receptis arbitris* accessit. Tandem Justinianus in *l.* 5. *C. de Receptis arbitris* certamen sustulit, atque intra decendium quidem a laudo arbitri appellationem concessit, eo autem lapso, laudum vires rei judicatæ accipere constituit. Quæ Justiniani decisio æqua est & propterea merito usu servatur. Tunc tamen cum *Gailio lib.* 1. *Obs.* 150. etiam post decendium appellationem & reductionem ad arbitrium boni viri admittimus, quum erraste arbitros manifeste doceri potest. Quoniam enim ipsius judicis sententiam per manifestum errorem aut ad falsam artificum relationem latam intra XXX. annos oppugnare licet *l.* 1. §. 1. *Quæ sententia sine appellatione, Wesembecius ad tit. D. Si mensor falsum modum dixerit n.* 6. idem in laudo arbitri multo magis licebit. Atque sic JCti Vitembergenses mense Septembri anni

anni cIↃ IↃ CCIX. responderunt, ei, qui cum adversario suo in certos taxatores compromiserat, licere, reprobata eorum taxatione quippe manifesto iniqua, ad alios sumtu suo constituendos provocare: Beklagter meynet zwar, es müsse bey der bereits geschehenen Taxation verbleiben, in Erwegung, daß selbige dem fol. 268. befindlichem und in Kraft Rechtens ergangenem Urthel zu Folge vorgenommen, die dazu bestellten Personen auch von Klägern selbst zum Theil vorgeschlagen oder doch approbiret und von dem Richter gebührend vereydet worden, überdies mit dem Ackerbau von Jugend auf zu thun gehabt, solchen also wohl verstanden, diesemnach, und da sie in diesem Arbitrio einmüthig dahin, daß Beklagter etliche 80 Rthl. mehr aufgewendet als eingehoben, geschlossen, würde Kläger sich nicht entbrechen können, ihm nicht allein diesen Ueberschuß, als impensas necessarias, sondern auch die auf den ganzen vergeblich angestellten Proceß gewendeten Unkosten zu erstatten. Alldieweil aber die gemeinen Kayserl. Rechte in dem Fall, wenn ein Schiedsmann nicht eben per solemne compromissum zu ordentlicher Untersuchung und Entscheidung der Sachen, sondern nur, wie allhier geschehen, sein Gutachten ex æquo & bono zu ertheilen, bestellet worden, denen Partheyen, von seiner Ermäßigung abzugehen und ad arbitrium judicis zu provociren, verstatten, welches auch bewehrte Rechtslehrer, vermöge der in Teutschland eingeführten Gesetze und Gewohnheiten, so gar auf die arbitros solemnes, wenn eine aus deren Ausspruch herrührende Læsion klärlich dargethan werden mag, erstrecken, und aber bey genauer Betrachtung der von Klägern angeführten gravaminum, daß bey der ersteren Taxation ein und das andere versehen, erscheinet, zu dem bey dem damaligen guten Kornpreise, daß die eingehobenen Nutzungen von denen Unkosten überstiegen worden, ganz nicht wahrscheinlich ist; So haben wir Klägern eine anderweitige Taxation, jedoch auf seine Unkosten, billig verstattet.

IV. Ar-

II.

Sententia arbitri tantum intra decendium impugnari potest, postea non.

III.

Quodsi tamen læsus manifestum errorem ab arbitro comissum ostendere possit, laudum, elapso etiam decendio, recte impugnatur.

Quæstio gravis est inter DD. an plane a laudo arbitri liceat appellare. Affirmant multi propter *l.* 9. *&* 10. *Qui satisd. cog. & l.* 76 *pro socio.* Negant alii ob *l.* 1. *C. de Receptis arbitris & l.* 72. *§.* 2. *de Receptis, qui arbitrium.* Quæ leges adeo inter se pugnant, ut conciliationes, quæ vulgo afferuntur, ad tollendam hanc pugnam vix sufficiant, & *Bartolus ad l.* 77. *§. Arbitrorum Pro socio n.*22. principis decisionem tanquam in inextricabili controversia requirat. At nobis res clara & jam tum a Justiniano decisa videtur. Scilicet antiqui JCti, quorum fragmenta Pandectis inspersa sunt, dissenserunt invicem, & pars reductionem causæ ad arbitrium judicis permisit, pars rejecit. Ad horum sententiam Antonius Imp. in *l.* 1. *C. de Receptis arbitris* accessit. Tandem Justinianus in *l.* 5. *C. de Receptis arbitris* certamen sustulit, atque intra decendium quidem a laudo arbitri appellationem concessit, eo autem lapso, laudum vires rei judicatæ accipere constituit. Quæ Justiniani decisio æqua est & propterea merito usu servatur. Tunc tamen cum *Gailio lib.* 1. *Obs.* 150. etiam post decendium appellationem & reductionem ad arbitrium boni viri admittimus, quum errasse arbitros manifeste doceri potest. Quoniam enim ipsius judicis sententiam per manifestum errorem aut ad falsam artificum relationem latam intra XXX. annos oppugnare licet *l.* 1. *§.* 1. *Quæ sententia sine appellatione, Wesembecius ad tit. D. Si mensor falsum modum dixerit n.* 6. idem in laudo arbitri multo magis licebit. Atque sic JCti Vitembergenses mense Septembri anni

anni CIƆ IƆ CCIX. responderunt, ei, qui cum adversario suo in certos taxatores compromiserat, licere, reprobata eorum taxatione quippe manifesto iniqua, ad alios sumtu suo constituendos provocare: Beklagter meynet zwar, es müsse bey der bereits geschehenen Taxation verbleiben, in Erwegung, daß selbige dem fol. 268. befindlichem und in Kraft Rechtens ergangenem Urthel zu Folge vorgenommen, die dazu bestellten Personen auch von Klägern selbst zum Theil vorgeschlagen oder doch approbiret und von dem Richter gebührend vereydet worden, überdies mit dem Ackerbau von Jugend auf zu thun gehabt, solchen also wohl verstanden, diesemnach, und da sie in diesem Arbitrio einmüthig dahin, daß Beklagter etliche 80 Rthl. mehr aufgewendet als eingehoben, geschlossen, würde Kläger sich nicht entbrechen können, ihm nicht allein diesen Ueberschuß, als impensas necessarias, sondern auch die auf den ganzen vergeblich angestellten Proceß gewendeten Unkosten zu erstatten. Alldieweil aber die gemeinen Kayserl. Rechte in dem Fall, wenn ein Schiedsmann nicht eben per solemne compromissum zu ordentlicher Untersuchung und Entscheidung der Sachen, sondern nur, wie allhier geschehen, sein Gutachten ex æquo & bono zu ertheilen, bestellet worden, denen Partheyen, von seiner Ermäßigung abzugehen und ad arbitrium judicis zu provociren, verstatten, welches auch bewehrte Rechtslehrer, vermöge der in Teutschland eingeführten Gesetze und Gewohnheiten, so gar auf die arbitros solemnes, wenn eine aus deren Ausspruch herrührende Læsion klärlich dargethan werden mag, erstrecken, und aber bey genauer Betrachtung der von Klägern angeführten gravaminum, daß bey der ersteren Taxation ein und das andere versehen, erscheinet, zu dem bey dem damaligen guten Korn-Preise, daß die eingehobenen Nutzungen von denen Unkosten überstiegen worden, ganz nicht wahrscheinlich ist; So haben wir Klägern eine anderweitige Taxation, jedoch auf seine Unkosten, billig verstattet.

IV. Ar-

IV.

Arbiter rem litigiosam tertio, qui in lite non est, adjudicare nequit.

V.

Multo minus arbiter sententiam sibi ipsi utilem ferre potest.

Recte quidem *Seneca de Beneficiis lib.* 3. *cap.* 7. Judicem, inquit, formula includit, & certos, quos non excedat, terminos ponit: arbitri libera & nullis adstricta vinculis religio & detrahere aliquid potest, & adjicere, & sententiam suam non, prout lex aut justitia suadet, sed, prout humanitas aut misericordia impulit, regere. Recte, inquam, Seneca æquitatem non justitiam, formularism scilicet illam veterum Romanorum & legibus sæpe durissimis alligatam, ab arbitro observari jubet. Quamvis vero laxius sit arbitri, quam judicis officium, eo usque tamen illud extendi non debet, ut potestas arbitro permittatur, rem tertio, qui in illum plane non compromisit, adiudicandi. Fac enim, arbitrum, dum causa apud eum disceptatur, animadvertere, rem ad neutrum litigantium, sed prorsus ad tertium, qui jus forsan suum ignorat, pertinere. Poteritne secundum illud sententiam ferre? Negatur, quia tertii illius jus ad cognitionem eius plane non pertinet. Neque obstat, quod Paulus in L. 19. *pr. de Receptis, qui arbitrium* arbitro dicere, quod ipsi videtur, promittit. Restringendum enim hoc est ex L. 32. §. 12. *eod.* dummodo scilicet nihil extra compromissum faciat. Clarius adhuc Innocentius III. in *cap.* 6. *X. de Arbitris*: Arbitri, ait, judicare non valent, nisi de his tantum, super quibus in eos extitit compromissum. Potest tamen arbiter & debet tanquam bonus vir privatim admonere litigatores, ut rem ei, cui de jure debetur, reddant. Quæ quum ita sint, improbius longe faciet arbiter, qui sibi ipsi rem litigiosam, etsi vere eius dominus sit, adiudicaverit. Et fecerunt tamen hoc

hoc nonnulli. Ipſe populus, ſeu potius plebs Romana, contradicente ſenatu, dedecus hoc admiſit. Arcini atque Ardeates de ambiguo agro quum ſæpe bello certaſſent, multis invicem cladibus feſſi judicem populum Romanum cepere. Sed vocatæ tribus judicaverunt, agrum publicum populi Romani eſſe. Adiicit *Livius l.* 3. *c.* 72. nec abnuitur ita fuiſſe, ſi ad judices alios itum foret, nunc haud ſane quidquam bona cauſa elevatur dedecus judicii. Idem *Livius Lib.* 4. *cap.* 11. infame hoc judicium vocat. Contradixere etiam acerrime patres atque oſtenderunt plebi, populum Romanum quadruplatoris & interceptoris litis alienæ perſonam laturum; atque, quum nihilominus cupiditas plus apud plebem valeret, judicium hoc non Arcinis Ardeatibusque, quam patribus Romanis fœdius atque acerbius viſum eſt. Simile fere fuit Philippi Macedonum regis facinus, de quo ſic *Juſtinus Lib.* 8. *c.* 3. Forte evenit, ut eum fratres duo, reges Thraciæ, non contemplatione juſtitiæ eius, ſed invicem metuentes, ne alterius viribus accederet, diſceptationum ſuarum judicem eligerent. Sed Philippus, more ingenii ſui, ad judicium veluti ad bellum, inopinantibus fratribus, inſtructo exercitu ſupervenit, & regno utrumque non judicis more ſed fraude latronis ac ſcelere ſpoliavit. Recentius ex ſeculo poſt Chriſtum natum XII. exemplum memorat *Imhofius in Genealogiis viginti illuſtrium in Hiſpania familiarum pag.* 126. Comitis Maurici de Lara, qui, quum judex litis de oppido Molina ab utroque Alphonſo, Arragoniæ Caſtellæque regibus, conſtitutus eſſet, ita ſententiam pronunciavit a nemine exſpectatam: Quin, inquiens, mihi potius, quam alterutri veſtrum, reges, Molinam addico, eamque maioratum poſteris meis perpetuum conſtituo. Quo etiam arbitrio reges confidentiam mirati ſteterunt. De recentiſſimis, quæ ſuppetunt, exemplis, nihil dicemus.

VI.

Testator heredibus suis necessitatem imponere potest, arbitros in controversiis suis assumendi.

VII.

Is, qui arbitrio prudentis viri controversiam decidi iubet, arbitrium proprie dictum, non arbitratorem intelligit.

Nihil frequentius est in testamentis, quam, ut parentes liberis suis optime prospecturi & imprimis sumtuosas lites & iudicia exclusuri necessitatem eis imponant, controversias, si quæ nascantur, per arbitros certo & præscripto modo componendi. Infinita extant huiusmodi dispositionum exempla. Sic Joannes Georgius I. Elector Saxo: Da einige Irrungen zwischen Ihr. Lbd. vorfallen solten, so sollen sie sich durch ihre beederseits zusammengesetzte Räthe oder Vasallen und Unterthanen gleicher Anzahl gütlich gegen einander vernehmen und entscheiden lassen, und ob die Güte entstünde, ihre Nothdurft von ihren beederseits Räthen oder Vasallen und Unterthanen ebenmäßig in gleicher Anzahl schriftlichen, doch sonder alle schmähliche und verdrüßliche undienliche weitläuftige Worte der Hauptsache, jeder mit dreyen abgewechselt-gesetzten Linien gewisser Frist einbringen, und darauf durch dieselbe ihrem Gewissen nach erkennen, oder, da sie sich dessen mit einander nicht vergleichen könten, einer unverdächtigen Universität sich vereinigen, oder durch Loos deswegen vergleichen, und was recht ist, sich belehren lassen, und, was also redlich gesprochen wird, dabey sollen Ihr. Lbd. ohne einige Weiterung beruhen. Similis fuit dispositio Georgii Brunsvicensium Principis, ut ex testamento eius, quod *Strykius de Cautelis Testamentorum in Appendice n.* 6. exhibet, §. 25. apparet. Sed, ut fit in rebus humanis, hæc providentia testatorum, qua lites sopiri oportebat, nova sæpe dubia, novasque controversias excitat. Poteramus aliquot memorare. Verum sufficiet in

præ-

præſens unum exemplum. Fecerat parens quidam teſtamentum, liberisque ſuis heredibus inſtitutis præceperat, ut controverſiam, ſi quæ inter illos oriretur, non in ordinario judicio, ſed prudentum virorum arbitrio decidi curarent. Mortuo vix parente, intendunt ſibi litem heredes. Poſcit alter arbitros, alter recuſat. Movetur igitur primum quæſtio, potueritne pater liberis neceſſitatem imponere arbitros ſumendi. Negabat alter, cui inexperto judicium placeat. Obtendebat Ulpiani auctoritatem, qui *in L. 3. §. 1. de Receptis, qui arbitrium: Hæc res,* inquit, *libera & ſoluta eſt, & extra neceſſitatem jurisdictionis poſita.* Verum enim vero Ulpianus hoc in loco non de litigatoribus, ſed de arbitro ipſo loquitur, quem cogi ad arbitrium ſuſcipiendum poſſe, negat. At litigatores interdum per legem & judicem, ut arbitrio ſubmittant, compelli, ex *L. 5. pr. C. de Receptis arbitris & L. 16. C. de Judiciis* apparet. Quum igitur teſtatori eadem ferme poteſtas, quæ legislatori & judici tribuatur, competet quoque ei facultas, lites heredum ſuorum arbitris permittendi. Itaque quum hac parte nihil proficeret is, qui arbitrium ſubterfugiebat, aliud dubium de volutate parentis movebat. Aiebat ſcilicet, mentem patris hanc non fuiſſe, ut liberos ad arbitrorum ſententiam alligaret, ſed diſpoſitionem eius ſaltem de arbitratoribus, quos communiter mediatores vocant, & qui litem amice tantum componunt, non judicant, intelligendam eſſe. Nec negari poteſt, ſæpe arbitrorum nomine non ſolemnes illos & compromiſſarios, ſed arbitratores ſaltem & mediatores hos venire, uti patet ex *L. 76. Pro ſocio* & ex teſtamento Joan. Georgii Electoris Saxonis, cuius verba ſupra recenſuimus. JCti tamen Vitembergenſes, qui ſuper lite hac conſulebantur, exiſtimarunt, patrem de arbitris proprie dictis, qui nempe controverſias, obſervato judiciorum ordine, cognoſcerent & definirent, ſenſiſſe, tum, quod

vocem decidere, entscheiden, adhibuisset, tum quod hi, qui hactenus interveniunt, ut experiantur, an consilio suo & auctoritate discutere litem possint, arbitrium proprie sic dictum recepisse non videantur. *L.* 13. §. 2. *de Receptis, qui arbitrium.*

IIX.

Electio superarbitri committi potest arbitris.

Utile admodum ac fere necessarium est, tunc, quum duo vel plures pari numero arbitri constituuntur, quendam superarbitrum eligere, qui, si illi dissentiant, litem sua sententia dirimat. Germani Obmannum, Galli un surarbitre appellant, teste *Mornacio ad L.* 17. §. 6. *de Receptis, qui arbitrium.* Atque solet nonnunquam ab initio statim certa persona, cui superarbitrium hoc committatur, deligi. Cuius rei illustre extat *in tabulis Pacis Rysvicensis Art.* 8. exemplum, ubi sic paciscentes: *De juribus*, inquiunt, *seu prætensionibus dominæ Ducissæ Aurelianensis convenit, ut res secundum formulam compromissi a Sacra Cæsarea Maiestate & Sacra Regia Maiestate Christianissima tanquam arbitris juxta leges & constitutiones Imperii decidatur, illis vero in sententia discordibus, Papæ tanquam superarbitro decidenda deferatur.* Et habuit etiam illa res effectum. Nam quum Imperator Friderico Bindero, & Rex Galliarum Ulrico Obrechto arbitrium hoc delegassent, illi vero prorsus invicem dissentirent, necesse fuit ad Pontificem confugere, qui dicto per delegatos suos superarbitrio litem composuit. Vide lauda ista omnia apud *Franckenbergium* im Europäischen Herold *P. I. p.* 2.4 *seqq.* Sed tunc quidem res dubium non habet, quum certus superarbiter ab ipsis litigatoribus nominatur. Quid vero si illi arbitris ipsis hoc committat, ut, si dissentiant, tertium adsumant. Negat tale compromissum valere Ulpianus *in l.* 17. §. 5. *de Receptis,* *qui*

qui arbitrium rationemque hanc ſubiicit: *Nam in adſumendo poſſint diſſentire.* Addit tamen *in §. ſeqq. Debet prætor cogere arbitros, ſi non conſentiant, tertiam certam eligere perſonam, cuius arbitrio ſtabitur.* Igitur emendat hic Ulpianus priorem ſententiam, probatque tale compromiſſum. Quapropter nos etiam in incertum ſuperarbitrum ab arbitris ipſis eligendum compromitti poſſe, exiſtimamus. Exemplum occurrit *in Cranzii Saxonia Lib.* 10. *c.* 9: *Comites Holſatiæ coram Margaretha Danorum & Normannorum regina convênerunt, totius Daniæ procerum voluntate, ut comites perpetuo fœdere juncti maneant in fide coronæ Daniæ, nec per ullam occaſionem ad bella quisquam proſiliat, ſed, quum aliquid invicem natum fuerit quæſtionis, Dani ex Holſatis & viciſſim illi ex Danis binos eligant, qui rem in controverſia poſitam dirimant, quodſi non poterunt, habeant facultatem quintum aſſumendi, cuius votum alteri parti accedens rem omnem abſolvat.*

COROLLARIA.

1 Quæritur, ſi ex tribus arbitris unus quindecim, alius decem, tertius quinque condemnent, cui ſententiæ ſtetur? Et Julianus *in L. 27. §. 3. de Receptis, qui arbitrium* ſcribit, quinque debere præſtari. Sed rectius *Grotius in Florum Sparſione ad h. L.* ait in decem, quia in hanc ſummam maior pars conſentit. Juliani tamen ſententiam probat Bonifacius, *in c. 1. de Arbitris in ſexto.*

2 Si in compromiſſo certus dies arbitrio dicendo ſit præfinitus, ſententia arbitri alio die dicta nulla eſt, *L. 25. pr. de Receptis, qui arbitrium.* Idem eſt, ſi compromittentes certum locum deligant, & arbiter laudum alio loco proferat. Vide *Cranzii Saxoniam Lib. 10. Cap. 38.*

3 Quum plures arbitri conſtituuntur, unusque ex illis moritur, compromiſſum exſpirat, *c. 42. X. de Offic. & poteſt. jud. del.*

SPECIMEN LXVI.

MEDITATIONVM AD PANDECTAS

AD LIB. IV. TIT. IX.

DE

ACTIONE DE RECEPTIS.

I.

Diſcrimen inter actionem de receptis & actionem mandati, locati & depoſiti oſtenditur.

II.

Actio de receptis contra nautas, caupones & ſtabularios adhuc hodie locum habet.



ctionis de receptis ſingularis natura eſt & ab actionibus depoſiti, mandati, locati ſimilibusque longe recedit. Has enim qui inſtituit, oſtendere debet, dolum vel culpam eius, quem convenit, intercesſiſſe. At qui de receptis agit, id ſolum probat, ſe rem in navem, cauponam vel ſtabulum, ſciente exercitore aut ſubſtituto eius, intuliſſe, atque eam vel periiſſe ibi, vel deteriorem factam fuiſſe, nec de auctore damni dati ſolicitus eſt. Præterea in reliquis actionibus paterfamilias factum familiæ ſervorumque non præſtat, quod tamen nauta & caupo præſtare debent. Prima igitur oritur quæſtio, ſitne hæc actio apud nos in uſu. Negant multi, inter exteros *Grœnewegius*, *Gudelinus*, *Vinnius*, *Simon v. Leeuven*, ex noſtris Scabini Lipſienſes apud *Carpzovium P. 2. C. 26. def. 10. n. 10.* *Schilterus Exerc. 12. §. 25.* *Beyer ad tit. D. Nautæ, caupones*, *Thomaſius in Uſu hodierno eiusdem tit.* qui omnes, culpam nautæ vel cauponis probandam eſſe, contendunt. At nos pro uſu huius actionis pugnabimus, primum,

primum, quia ea nihil iniquitatis habet, ſed ſecuritatem & utilitatem publicam intendit, deinde, quia jus Romanum & actiones eiusdem in Germania ſunt recepta, cum quod ceteri DD. fere omnes & ipſi adeo Scabini Lipſienſes teſte *Schiltero* uſum actionis aſſerunt & actorem ab onere probandi liberant, denique quoniam rationem *Beyeri Thomaſiique*, qui minorem hodie eſſe naturam & cauponum improbitatem dicunt, experientia quotidiana refellit.

III.

Uſus fori actionem de receptis recte contra magiſtros poſtarum & rhedarios publicos extendit.

Sed progrediamur longius, atque, utrum hæc actio de receptis ad magiſtros poſtarum & rhedarios publicos extendi poſſit, videamus. Negat operoſe *Lauterbachius in Tractatione Synoptica de Nautis, cauponibus & ſtabulariis* §. 34 *ſeqq.* cuius rationes omnes eo redeunt, edictum hoc contra nautas, caupones & ſtabularios propoſitum ſingulare, exorbitans & odioſum eſſe, atque adeo ad conſequentias trahi non debere. At nobis extenſio hæc juſtiſſima videtur. Primum enim hæc actio, quemadmodum jam monuimus, ſecuritatis & utilitatis publicæ cauſa per *L.* 1. §. 1. *Nautæ, caupones* introducta odioſa dici nequit, ſed maximum potius favorem meretur. Deinde eadem prorſus, ſi non validior, ratio in aurigis & magiſtris poſtarum adeſt, quæ in nautis & cauponibus. Neceſſe ſcilicet eſt peregrinantibus & merces ſuas transportantibus, fidem horum hominum ſequi, nulla præſtita cautione. Porro inutilia aut tamen difficillima reddetur rerum aurigæ vel magiſtro poſtæ commiſſarum perſecutio, ſi quidem onus probandi dolum vel culpam repetenti imponas. Quomodo enim probare hoc poterunt, qui præſentes, quum damnum daretur, non fuerunt? Tum ipſi JCti vetere interpre-

terpretatione extensiva in hoc edicto utuntur *in L. 1. §. 4. Nautæ, caupones.* Accedit, quod stabula, a quibus stabularii dicti sunt, nihil aliud erant, quam receptacula equorum cursui publico, seu, ut hodie loquimur, postis destinatorum. Patet hoc ex *L. 7. C. de Cursu publico* & clarius adhuc ex *L. 35. C. Th. de Operibus publicis.* Ut adeo verosimile sit admodum, sub stabulariorum voce aurigas publicos & magistros postarum comprehendi. Denique maior est longe eorum numerus, qui extensionem nostram probant, & de usu eius testantur. Ipse adeo, quod mireris, *Schilterus Exerc. 12. §. 25.* etsi usum actionis de receptis quod ad caupones in dubium vocet, addit tamen, ea, quæ de nautis, cauponibus & stabulariis disposita sunt, merito ad cursum publicum & postas pertinere. Sed apertius & uberius doctrinam hanc tuentur *Stryk de Actionibus investigandis Sect. 1. Membr. 9. §. 35 seqq. Mencke Jur. Controv. Decad. 7. Controv. 6. Richter Decis. 141. n. 15. 16. Berger in Oeconomia juris p. 731. & 732.* Quin imo in plerisque locis leges de cursu publico latæ & actio hæc de receptis contra magistros postarum stabilita est. Igitur JCti Helmstadienses non dubitarunt mense Martio anni CIↃ IↃ CC XIV. sic respondere: Hat ein Kaufmann Namens Winckler, dem von dem verstorbenen Cöthenschen Postmeister, Christian Illingen, über seine zwischen Leipzig und Cöthen angelegte Landkutsche in Leipzig verordnetem Schaffner, Abraham Klaugen, ein Päckgen mit güldenen Platten, Baillons und baarem Gelde anvertrauet, welches dieser auch in dem Kuffer verschlossen. Nachdem aber solcher Kuffer unter Weges in dem Wirthshause zu Quetze abgeschnitten und aufgebrochen, auch das Päckgen daraus gestohlen worden, so stellen jetzo besagter Winckler und Bönicke wider die Illingische Wittwe und Erben actionem de receptis ex edicto Nautæ, caupones, & stabularii an, da denn zu wissen verlanget wird, ob solche actio allhier statt haben

könne

könne oder nicht. Nun erwächst zwar daher nicht geringer Zweifel, daß angeregtes wider die Nautas, caupones und stabularios gerichtete Edict ein jus exorbitans und in odium dieser Leute eingeführet worden, dergleichen Jura singularia aber auf andere Fälle und Personen nicht zu erstrecken seynd, wie denn einige Rechtslehrer vorhanden, welche dieser Action wider die Postmeister und öffentliche Land-Kutscher keine statt geben; Wannenhero es das Ansehen gewinnet, ob sey die Actio de receptis allhier widerrechtlich angestellet worden: Alldieweil aber diese Action zum allgemeinen Besten und Sicherheit eingeführet, folglich nicht pro odiosa zu achten ist, hiernächst sattsam ex *l.* 1. §. 4. *Nautæ, caupones* erhellet, daß bey diesem Edicto die Interpretatio extensiva ob identitatem rationis statt finde, ferner dem Publico höchst daran gelegen, daß diejenigen, welche ihre Sachen der Post und den Landkutschen hingeben, völlige Sicherheit haben, und, daferne ihnen etwas hinweg kommt, mit dem onere probandi dolum vel culpam aurigæ & magistri nicht beschweret werden; Weil ihnen, da sie selbst nicht gegenwärtig, solches fast unmöglich fallen würde, überdies derjenigen Rechtslehrer, welche diese Action wider die Postmeister und Landkutscher extendiren, eine viel grössere Anzahl ist; So halten wir dafür, daß die Actio de receptis ex Edicto Nautæ, caupones & stabularii wider die Illingische Wittwe und Erben mit gutem Recht angestellet worden.

IV.

Actio de receptis, mortuo recipiente, contra heredes eius datur.

Contradicere hic sibi videntur Justinianus & Ulpianus, quorum ille *in* §. 3. *I. de Obligat. quæ quasi ex delicto* Actionem nostram adversus heredem competere negat, hic *in L.* 3. §. 4. *Nautæ, caupones* affirmat. At non pugnant vere, sed de diversis saltem actionibus loquuntur, quæ distinctæ sunt invicem, a compilatoribus vero juris Justi-

Aufgeber des Geldbeutels die Ersetzung ihres Schadens fodern mögen, zu wissen verlanget. Ob nun wol aus allen Umständen, daß die Verwechselung des Geldbeutels von einem in dergleichen Sachen geübten Spitzbuben geschehen, herfürgeleuchtet, selbige also pro casu fortuito, dafür niemand stehen darf, gehalten werden möchte; Dennoch aber und dieweil der allgemeinen Sicherheit halber, daß ein Postmeister oder Wärter vor die ihm anvertrauete Sachen zu stehen, und deren Werth, wenn sie verlohren werden, zu ersetzen gehalten, eingeführet ist, und denn der Postwärter zu Heimersleben, ingleichen dessen Postillion selbst gestehen, daß jener, wie doch seine Schuldigkeit gewesen, die angekommenen Stücke nicht recht angesehen, sondern solche auf der Dehle niederlegen und nachgehends wieder aufpacken lassen, diesemnach ohne Zweifel eine Versäumniß und Nachläßigkeit begangen; So ist der Postwärter zu Heimersleben denen Aufgebern des Geldbeutels den erlittenen Verlust zu ersetzen schuldig.

VII.

Qui res pretiosas cistis vel involucris conclusas in navem vel cauponam infert, vel postæ aut currui publico committit, profiteri easdem necesse non habet.

Oporteatne eum, qui res pretiosas cistis vel involucris inclusas exercitori navis, cauponæ, postæ vel currus publici committit, easdem profiteri, non levis quæstio est. Aientem sententiam *Accursius in L. 1. §. ult. Nautæ, caupones lit. b.* tuetur, nec sine verosimilitudine. Quum enim res huiusmodi singularem custodiam requirant, indicatio earundem utique necessaria videtur, ne exercitor externo adspectu inductus cistam inter reliquas viliores res remissius custodiat. Et apud Belgas quidem clara lege sancitum est, ut is, qui res pretiosas in navem infert, hoc profiteatur, alioquin in assecuratione vel contributione, quum scilicet res istæ in tempestate navis levandæ causa eiectæ fuerunt,

eæ tanti æstumantur, quanti extrinsecus apparent. Vide *Grotii Inleydinge tot de Hollandische Regts Geleertheyt* 3. *Bœck* 29. *Del.* ibique *Grœnewegenii notas n.* 13. item *Huberi Præl. ad tit. D. ad L. Rhodiam de jactu* §. 2. Quibus tamen non obstantibus professionem illam necessariam haud putamus, in eoque consentientem habemus Ulpianum, qui *in L.* 1. §. 8. *Nautæ, caupones: Utrum*, inquit, *si in navem res missæ ei assignatæ sunt, an, etsi non sint assignatæ, hoc tamen ipso, quod in navem missæ sunt, receptæ videntur? Et puto, omnium eum recipere custodiam, quæ in navem illatæ sunt:* Atque iterum *in l.* 1. §. 41. *Depositi: Quid*, ait, *si ignoraverit is, qui depositum suscipiebat, res ibi esse?* Labeo ait, *non multum facere, cum suscepit depositum. Ego & rerum depositi agi posse existimo, quamvis signata cista deposita sit.* Sibi scilicet imputet exercitor, qui tacitus cistam recipit, nec quod, ei licet, quales in illa res sint, quærit. Generaliter enim custodiam suscepisse videtur. Nec quidquam contra nos faciunt Belgarum leges, quarum quippe singularis ratio est, quæ ad alia negotia, quam ad jactum & assecurationem, extendi non potest. Et Accursii auctoritati *Plotum de in litem jurando* §. X. *n.* 6 *sqq.* & *Stamm. de Serv. person. Lib.* 2. *c.* 16. §. 12. opponimus. Quapropter sic responderunt JCti Helmstadienses mense Junio anni CIϽIϽCCXIII: Hat George Hüpfeld ein ihm von einer Judenfrau anvertrautes Päckgen mit Silberwerck wiederum an Heinrich Gravenhorsten nebst einem Fasse Wein gegeben, um beydes nach Lübeck zu senden. Als nun unter Weges das Päckgen verlohren, Hüpfeld aber von der Judenfrau zu Ersetzung des Schadens angehalten, und von diesem hinwiederum Gravenhorst belanget worden, so entstehet die Frage, ob dieser Gravenhorst den Werth des Päckgens zu bezahlen schuldig sey. Nun wendet zwar derselbe vor, es wäre das in dem Päckgen enthaltene Silber keine auf einem Frachtwagen gehörige Waare, und habe Kläger ihm selbst die Schuld beyzu-

 messen,

messen, daß er solches nicht mit einer sicheren Gelegenheit fortgesendet, hiernächst hätte er auch darinnen unrecht gethan, daß er bey der Lieferung nicht gemeldet, was vor Kostbarkeiten in dem Päckgen befindlich, weil alsdenn Beklagter sich besser in Acht genommen, und die Sachen keinem Frachtwagen anvertrauet haben würde; Wannenhero es das Ansehen gewinnet, als ob Beklagter von der erhobenen Klage zu entbinden sey. Alldieweil aber einem jeden frey stehet, seine Sachen mit solcher Gelegenheit, als ihm beliebet, fort zu senden, und öfters auch die kostbarsten Waaren auf Frachtwagen aufgedungen werden, ferner nach der bewehrtesten Rechtslehrer Meynung keinesweges erfordert wird, daß derjenige, so einem andern einen Kasten oder Paquet anvertrauet, die darinnen enthaltenen Sachen insonderheit angebe, sondern zu Anstellung der Klage genug ist, daß der andere solchen Kasten und Paquet ohne weitere Nachfrage angenommen, als wodurch er sich vor alles, was darinn befindlich, zu stehen stillschweigend obligiret; So ist Gravenhorst den Werth des Päckgens zu bezahlen allerdings gehalten. Duo tamen sunt casus, quibus exercitor ob non factam professionem a Restitutione damni liberatur; Primo, si leges provinciales necessitatem profitendi imponant, qualis lex in Saxonia & terris Brandenburgicis ratione postarum publicarum exstat, deinde, si committens ab exercitore de qualitate rerum interrogatus eam dissimulet.

IIX.

Exercitor, etsi alteri vices suas commiserit, tamen actione de receptis tenetur.

In eodem, quem modo memoravimus, casu dubitabatur, utrum exercitor currus publici, qui onus sibi transvehendum alteri aurigæ commiserat, teneretur, an vero hic conveniendus esset. Nos contra recipientem ipsum actionem dedimus, idque *arg. L. 1. §. 5. de Exerc. Act.* ubi Ulpianus: *Omnia,*

Omnia, ait, *facta magistri debet præstare, qui eum præposuit; Alioquin contrahentes decipientur.* Adde *L.* 8. §. 3. *Mandati & l.* 1. §. 2. & 3. *Nautæ, caupones.* Sic itaque respondimus: Hat Gravenhorst die ihm anvertrauten Stücke durch einen zu Flettmer wohnenden Bauer fortgeschicket, welcher unterwegs das Päckgen verlohren. Ob nun wol Gravenhorst meynet, es müsse die Klage, wenn solche ja statt habe, nicht gegen ihn, sondern wider den Fuhrmann zu Flettmer angestellet werden; Alldieweil aber derjenige, so ein ihm anbefohlenes Geschäfte nicht selbst ausgerichtet, sondern einen andern an seine Stelle setzet, allerdings wegen dessen, was dieser sein Substitutus versehen, belanget werden kan; So ist Gravenhorst allerdinges gehalten.

IX.

Is, qui cistam clausam in nave, caupona vel curru publico perdidit, si de rebus illa contentis aliunde non constet, recte sese offert ad jurandum in litem.

Equidem is, qui jurat, judex quodammodo constituitur in propria causa *L.* 1. *pr. Quarum rerum actio non datur.* Id quod facile permittendum non est, nisi vel adversarius detulerit jusiurandum, vel talia argumenta adsint, quæ semiplenam probationem conficiunt. Accedit, quod ex vulgi opinione oblatio ad jurandum suspectum quem de periurio facit. At, his non obstantibus, locum juriiurando in litem dedimus. Est enim hoc unicum fere in talibus negotiis, in quibus de re ipsa quidem, sed non de quantitate vel qualitate eius constat, remedium. Quare & jura illud in simili prorsus casu admittunt *L.* 1. §. 40. *Depositi* & DD. id in actione de receptis locum habere statuunt. Vide *Plotum de in litem jurando* §. *X. n.* 6. & *Mascardum de Probationibus Concl.* 832. *n.* 10 *sqq.* Oblatio quoque ad jurandum ei, qui justam causam habet, permissa est, nec suspectum illum reddit. Igitur in eo, quem bis jam memoravimus, casu sic

XIII ZI respon-

respondimus: Auf die dritte Frage zu kommen, ob Kläger nicht vermittelst seines Eydes, daß er das streitige Päckgen so, wie er es empfangen, Grafenhorsten geliefert, erhalten könne; So entstehet zwar daher nicht geringer Zweifel, daß bekannten Rechten nach derjenige, so da schwöret, gleichsam zum Richter in seiner eigenen Sache bestellet wird, welches aber nicht leichte, es sey denn, daß der andere per factam jurisiurandi delationem darein williget, oder semiplena probatio vorhanden, zu verstatten ist, worzu ferner kommt, daß Kläger sich freywillig zu Abschwörung solches Eydes erbietet, und dadurch einigermassen verdächtig machet; Weil aber Klägers Intention dadurch nicht wenig bestärcket wird, daß Beklagter bey der Kriegesbevestigung ein Päckgen von Klägern empfangen zu haben gestehet, und nur dieses in Zweifel ziehet, ob die angegebenen Sachen wahrhaftig darinnen gewesen, in welchem Fall denn die Rechte den Kläger ausdrücklich zum Eyde lassen, gestalt solches auch der Billigkeit bey gegenwärtigen Umständen, da anderer Gestalt nicht hinter die Wahrheit zu kommen, gemäß ist, und zudem die Rechtslehrer diese Meynung, daß in dergleichen Fällen es auf den Eyd des Klägers, wenn selbiger ein ehrlicher und unbescholtner Mann ist, ankomme, pro communi und recepta halten, endlich in Rechten nicht verboten, daß sich jemand ad jurandum offerire und dadurch seine gerechte Sache zu behaupten suchet. Diesemnach ist Kläger zu dem Eyde, zu welchem er sich erbietet, allerdinges zu lassen.

COROLLARIA.

1 Magister postæ non obligatur ratione eorum, quæ scribæ eius dem Postschreiber, traduntur, nisi huic simul potestatem res recipiendi dederit, arg. *L. 1. §. 2. Nautæ, caupones.*

2 Solent interdum caupones viatoribus famulos, Mieth-*Laquaien*, commendare. Qui si furtum committant vel damnum dent, caupo actione de receptis tenetur, arg. *L. 1. §. 1. Nautæ, caupones*; ibi: *Materia daretur cum furibus adversus eos, quos recipiunt, coeundi.* Secus est in famulo, quem viator adduxit vel sponte assumsit.

3 *Stamm. de Servitute personali Lib. 2. c. 16. rubr.* nautis, cauponibus & stabulariis balneatores annumerat, sed minus recte, ut videtur.

INDEX

INDEX
RERVM ET VERBORVM
QVAE IN HOC LIBRO CONTINENTVR.

Mutui

nianei confusa tractatione haud raro permiscentur. Scilicet ea, de qua Justinianus loquitur, Actio ex quasi delicto, dolo nempe aut furto eorum, quorum opera exercitor navem, cauponam aut stabulum exercet, descendit atque in duplum datur. Et hæc secundum naturam actionum ex maleficio vel quasi maleficio oriundarum adversus heredes haud competit. Ulpianus autem de Actione de receptis agit, quæ in simplum datur & locum habet, etsi nulla recipientis aut ministrorum eius culpa vel dolus arguatur. Hæc igitur ex quasi contractu descendit, adeoque non potest non contra heredes dari. Sic Helmstadienses in eo, quem modo memoravimus, casu responderunt: Ob wohl die Erben ex delicto oder quasi delicto des Verstorbenen nicht belanget werden mögen; Alldieweil aber diese Action eigentlich ex quasi contractu fliesset, also auch wider die Erben statt findet rc.

V.

Furtum vafre & subtiliter factum exercitorem a damni restitutione non liberat, nisi ostendat, nulla adhibita diligentia id averti potuisse.

VI.

Quum in posta publica, cuius plures stationes a diversis magistris reguntur, damnum datur, non primus recipens, sed is, cui culpa aliqua imputari potest, tenetur.

Commiserat quis magistro postæ, qui Duderstadii est, pecuniam sacco conclusam Magdeburgum transferendam. Eum saccum fur callidus in itinere interverterat, aliumque plumbo refertum versute subiecerat. Dolus is demum Magdeburgi apparuerat, incertumque erat, in qua statione is fuisset commissus. Duplex igitur nascebatur quæstio, primum, an actio de receptis hic plane locum haberet, deinde, contra quem ex pluribus stationum diversarum magi-

stris

ſtris ea inſtituenda eſſet. Quod ad priorem, dubium movebatur ex *L.* 3. §. 1. *Nautæ, caupones*, ubi recipiens, ſi quid damno fatali contingat, excuſatur. Atque ſolertia illa furis damnum fatale fuiſſe videbatur. Verum ſi dictam *l.* 3. conſideratius inſpicias, animadvertes, furta ibidem ad damna fatalia non referri, ſed potius recipienti imputari. Id quod clarius ex *L.* 1. §. 1. *Nautæ, caupones* ibi: *Materia daretur, cum furibus adverſus eos, quos recipiunt, coeundi*, patet. Itaque damnum fatale & vis maior tunc ſaltem excuſabit recipientem, quum is evidenter oſtendere poteſt, talem fuiſſe calamitatem, quam neque ipſe neque ſui, quantamcunque adhibuiſſent diligentiam, avertere potuiſſent. Cuius exemplum in incendio ex fulmine aut in ædibus vicinis orto, in naufragio, in vi prædonum occurrit. Supereſt igitur altera quæſtio, quis ex pluribus, qui concurrebant, magiſtris teneretur. Omnes ſaccum licet ſucceſſive receperant. Ergo Duderſtadienſis magiſter, cui is primum traditus fuerat, plus, quam ceteri, non obligabatur. Sed idem hic, quod in re apud plures depoſita, obtinebit, ut ſcilicet ſinguli in ſolidum teneantur, competatque actori electio, quem ex illis convenire velit, ſalva tamen, ſi quidem unius dolus aut culpa ſingulariter arguatur, exceptione excuſſionis, arg. *L.* 1. §. 43. *Depoſiti & L.* 1. §. 10 *ſeqq. de his qui effuderint*. Quum itaque in eo, quod ſupra memoravimus, exemplo unus præcipue magiſter res per poſtam allatas non inſpexiſſet, ſed per aurigam ex curru in terram proiici, ibique incuſtoditas aliquantulum jacere paſſus eſſet, hunc ad damni Reſtitutionem condemnarunt JCti Vitembergenſes menſe Auguſto anni CIƆ IƆ CC XI: Iſt auf der Poſt zwiſchen Duderſtadt und Magdeburg ein Beutel voll Geld verlohren, und an deſſen ſtatt ein anderer verwechſelter, ſo mit runden Bleyſtücken angefüllet geweſen, gefunden worden: Da denn der Herr Hof- und Poſt-Rath, ob und von wem dis

 Aufge-

Aufgeber des Geldbeutels die Ersetzung ihres Schadens fodern mögen, zu wissen verlanget, Ob nun wol aus allen Umständen, daß die Verwechselung des Geldbeutels von einem in dergleichen Sachen geübten Spitzbuben geschehen, herfürgeleuchtet, selbige also pro casu fortuito, dafür niemand stehen darf, gehalten werden möchte; Dennoch aber und dieweil der allgemeinen Sicherheit halber, daß ein Postmeister oder Wärter vor die ihm anvertrauete Sachen zu stehen, und deren Werth, wenn sie verlohren werden, zu ersetzen gehalten, eingeführet ist, und denn der Postwärter zu Heimersleben, ingleichen dessen Postillion selbst gestehen, daß jener, wie doch seine Schuldigkeit gewesen, die angekommenen Stücke nicht recht angesehen, sondern solche auf der Dehle niederlegen und nachgehends wieder aufpacken lassen, diesemnach ohne Zweifel eine Versäumniß und Nachläßigkeit begangen; So ist der Postwärter zu Heimersleben denen Aufgebern des Geldbeutels den erlittenen Verlust zu ersetzen schuldig.

VII.

Qui res pretiosas cistis vel involucris conclusas in navem vel cauponam infert, vel postæ aut currui publico committit, profiteri easdem necesse non habet.

Oporteatne eum, qui res pretiosas cistis vel involucris inclusas exercitori navis, cauponæ, postæ vel currus publici committit, easdem profiteri, non levis quæstio est. Aientem sententiam *Accursius in L. 1. §. ult. Nautæ, caupones lit. b.* tuetur, nec sine verosimilitudine. Quum enim res huiusmodi singularem custodiam requirant, indicatio earundem utique necessaria videtur, ne exercitor externo adspectu inductus cistam inter reliquas viliores res remissius custodiat. Et apud Belgas quidem clara lege sancitum est, ut is, qui res pretiosas in navem infert, hoc profiteatur, alioquin in assecuratione vel contributione, quum scilicet res istæ in tempestate navis levandæ causa eiectæ fuerunt,

eæ

ex tanti æstumantur, quanti extrinsecus apparent. Vide *Grotii Inleydinge tot de Hollandische Regts Geleertheyt* 3. *Bæck* 29. *Del.* ibique *Grœnewegenii notas n.* 13. item *Huberi Præl. ad tit. D. ad L. Rhodiam de jactu* §. 2. Quibus tamen non obstantibus professionem illam necessariam haud putamus, in eoque consentientem habemus Ulpianum, qui *in L.* 1. §. 8. *Nautæ, caupones: Utrum*, inquit, *si in navem res missæ ei assignatæ sunt, an, etsi non sint assignatæ, hoc tamen ipso, quod in navem missæ sunt, receptæ videntur? Et puto, omnium enim recipere custodiam, quæ in navem illatæ sunt:* Atque iterum *in l.* 1. §. 41. *Depositi: Quid*, ait, *si ignoraverit is, qui depositum suscipiebat, res ibi esse?* Labeo ait, *non multum facere, cum suscepit depositum. Ego & rerum depositi agi posse existimo, quamvis signata cista deposita sit.* Sibi scilicet imputet exercitor, qui tacitus cistam recipit, nec quod, ei licet, quales in illa res sint, quærit. Generaliter enim custodiam suscepisse videtur. Nec quidquam contra nos faciunt Belgarum leges, quarum quippe singularis ratio est, quæ ad alia negotia, quam ad jactum & assecurationem, extendi non potest. Et Accursii auctoritati *Plotum de in litem jurando* §. *X. n.* 6 *sqq.* & *Stamm. de Serv. person. Lib.* 2. *c.* 16. §. 12. opponimus. Quapropter sic responderunt JCti Helmstadienses mense Junio anni CIↃIↃCCXIII: Hat George Hüpfeld ein ihm von einer Judenfrau anvertrautes Päckgen mit Silberwerck wiederum an Heinrich Gravenhorsten nebst einem Fasse Wein gegeben, um beydes nach Lübeck zu senden. Als nun unter Weges das Päckgen verlohren, Hüpfeld aber von der Judenfrau zu Ersetzung des Schadens angehalten, und von diesem hinwiederum Gravenhorst belanget worden, so entstehet die Frage, ob dieser Gravenhorst den Werth des Päckgens zu bezahlen schuldig sey. Nun wendet zwar derselbe vor, es wäre das in dem Päckgen enthaltene Silber keine auf einem Frachtwagen gehörige Waare, und habe Kläger ihm selbst die Schuld beyzu-

 messen,

messen, daß er solches nicht mit einer sicheren Gelegenheit fortgesendet, hiernächst hätte er auch darinnen unrecht gethan, daß er bey der Lieferung nicht gemeldet, was vor Kostbarkeiten in dem Päckgen befindlich, weil alsdenn Beklagter sich besser in Acht genommen, und die Sachen keinem Frachtwagen anvertrauet haben würde; Wannenhero es das Ansehen gewinnet, als ob Beklagter von der erhobenen Klage zu entbinden sey. Alldieweil aber einem jeden frey stehet, seine Sachen mit solcher Gelegenheit, als ihm beliebet, fort zu senden, und öfters auch die kostbarsten Waaren auf Frachtwagen aufgedungen werden, ferner nach der bewehrtesten Rechtslehrer Meynung keinesweges erfordert wird, daß derjenige, so einem andern einen Kasten oder Paquet anvertrauet, die darinnen enthaltenen Sachen insonderheit angebe, sondern zu Anstellung der Klage genug ist, daß der andere solchen Kasten und Paquet ohne weitere Nachfrage angenommen, als wodurch er sich vor alles, was darinn befindlich, zu stehen stillschweigend obligiret; So ist Gravenhorst den Werth des Päckgens zu bezahlen allerdings gehalten. Duo tamen sunt casus, quibus exercitor ob non factam professionem a Restitutione damni liberatur; Primo, si leges provinciales necessitatem profitendi imponant, qualis lex in Saxonia & terris Brandenburgicis ratione postarum publicarum exstat, deinde, si committens ab exercitore de qualitate rerum interrogatus eam dissimulet.

IIX.

Exercitor, etsi alteri vices suas commiserit, tamen actione de receptis tenetur.

In eodem, quem modo memoravimus, casu dubitabatur, utrum exercitor currus publici, qui onus sibi transvehendum alteri aurigæ commiserat, teneretur, an vero hic conveniendus esset. Nos contra recipientem ipsum actionem dedimus, idque *arg. L. 1. §. 5. de Exerc. Act*, ubi Ulpianus: *Omnia,*

Omnia, ait, *facta magistri debet præstare, qui eum præposuit; Alioquin contrahentes decipientur.* Adde *L.* 8. §. 3. *Mandati & l.* 1. §. 2. & 3. *Nautæ, caupones.* Sic itaque respondimus: Hat Gravenhorst die ihm anvertrauten Stücke durch einen zu Flettmer wohnenden Bauer fortgeschicket, welcher unterwegs das Päckgen verlohren. Ob nun wol Gravenhorst meynet, es müsse die Klage, wenn solche ja statt habe, nicht gegen ihn, sondern wider den Fuhrmann zu Flettmer angestellet werden; Alldieweil aber derjenige, so ein ihm anbefohlenes Geschäfte nicht selbst ausgerichtet, sondern einen andern an seine Stelle setzet, allerdings wegen dessen, was dieser sein Substitutus versehen, belanget werden kan; So ist Gravenhorst allerdinges gehalten.

IX.

Is, qui cistam clausam in nave, caupona vel curru publico perdidit, si de rebus illa contentis aliunde non constet, recte sese offert ad jurandum in litem.

Equidem is, qui jurat, judex quodammodo constituitur in propria causa *L. 1. pr. Quarum rerum actio non datur.* Id quod facile permittendum non est, nisi vel adversarius detulerit jusiurandum, vel talia argumenta adsint, quæ semiplenam probationem conficiunt. Accedit, quod ex vulgi opinione oblatio ad jurandum suspectum quem de periurio facit. At, his non obstantibus, locum juriiurando in litem dedimus. Est enim hoc unicum fere in talibus negotiis, in quibus de re ipsa quidem, sed non de quantitate vel qualitate eius constat, remedium. Quare & jura illud in simili prorsus casu admittunt *L.* 1. §. 40. *Depositi* & DD. id in actione de receptis locum habere statuunt. Vide *Plotum de in litem jurando* §. *X. n.* 6. & *Mascardum de Probationibus Concl.* 832. *n.* 10 *sqq.* Oblatio quoque ad jurandum ei, qui justam causam habet, permissa est, nec suspectum illum reddit. Igitur in eo, quem bis jam memoravimus, casu sic

 respon-

respondimus: Auf die dritte Frage zu kommen, ob Kläger nicht vermittelst seines Eydes, daß er das streitige Päckgen so, wie er es empfangen, Grafenhorsten geliefert, erhalten könne; So entstehet zwar daher nicht geringer Zweifel, daß bekannten Rechten nach derjenige, so da schwöret, gleichsam zum Richter in seiner eigenen Sache bestellet wird, welches aber nicht leichte, es sey denn, daß der andere per factam jurisiurandi delationem darein williget, oder semiplena probatio vorhanden, zu verstatten ist, worzu ferner kommt, daß Kläger sich freywillig zu Abschwörung solches Eydes erbietet, und dadurch einigermassen verdächtig machet; Weil aber Klägers Intention dadurch nicht wenig bestärcket wird, daß Beklagter bey der Kriegesbevestigung ein Päckgen von Klägern empfangen zu haben gestehet, und nur dieses in Zweifel ziehet, ob die angegebenen Sachen wahrhaftig darinnen gewesen, in welchem Fall denn die Rechte den Kläger ausdrücklich zum Eyde lassen, gestalt solches auch der Billigkeit bey gegenwärtigen Umständen, da anderer Gestalt nicht hinter die Wahrheit zu kommen, gemäß ist, und zudem die Rechtslehrer diese Meynung, daß in dergleichen Fällen es auf den Eyd des Klägers, wenn selbiger ein ehrlicher und unbescholtner Mann ist, ankomme, pro communi und recepta halten, endlich in Rechten nicht verboten, daß sich jemand ad jurandum offerire und dadurch seine gerechte Sache zu behaupten suchet. Diesemnach ist Kläger zu dem Eyde, zu welchem er sich erbietet, allerdinges zu lassen.

COROLLARIA.

1 Magister postæ non obligatur ratione eorum, quæ scribæ eius dem Postschreiber, traduntur, nisi huic simul potestatem res recipiendi dederit, arg. *L. 1. §. 2. Nautæ, caupones.*

2 Solent interdum caupones viatoribus famulos, Mieth-*Laquaien*, commendare. Qui si furtum committant vel damnum dent, caupo actione de receptis tenetur, arg. *L. 1. §. 1. Nautæ, caupones*; ibi: *Materia daretur cum furibus adversus eos, quos recipiunt, coeundi.* Secus est in famulo, quem viator adduxit vel sponte assumsit.

3 *Stamm. de Servitute personali Lib. 2. c. 16. rubr.* nautis, cauponibus & stabulariis balneatores annumerat, sed minus recte, ut videtur.

INDEX

INDEX
RERVM ET VERBORVM
QVAE IN HOC LIBRO CONTINENTVR.

respondimus: Auf die dritte Frage zu kommen, ob Kläger nicht vermittelst seines Eydes, daß er das streitige Päckgen so, wie er es empfangen, Grafenhorsten geliefert, erhalten könne; So entstehet zwar daher nicht geringer Zweifel, daß bekannten Rechten nach derjenige, so da schwöret, gleichsam zum Richter in seiner eigenen Sache bestellet wird, welches aber nicht leichte, es sey denn, daß der andere per factam jurisiurandi delationem darein williget, oder semiplena probatio vorhanden, zu verstatten ist, worzu ferner kommt, daß Kläger sich freywillig zu Abschwörung solches Eydes erbietet, und dadurch einigermassen verdächtig machet; Weil aber Klägers Intention dadurch nicht wenig bestärcket wird, daß Beklagter bey der Kriegesbevestigung ein Päckgen von Klägern empfangen zu haben gestehet, und nur dieses in Zweifel ziehet, ob die angegebenen Sachen wahrhaftig darinnen gewesen, in welchem Fall denn die Rechte den Kläger ausdrücklich zum Eyde lassen, gestalt solches auch der Billigkeit bey gegenwärtigen Umständen, da anderer Gestalt nicht hinter die Wahrheit zu kommen, gemäß ist, und zudem die Rechtslehrer diese Meynung, daß in dergleichen Fällen es auf den Eyd des Klägers, wenn selbiger ein ehrlicher und unbescholtner Mann ist, ankomme, pro communi und recepta halten, endlich in Rechten nicht verboten, daß sich jemand ad jurandum offerire und dadurch seine gerechte Sache zu behaupten suchet. Diesemnach ist Kläger zu dem Eyde, zu welchem er sich erbietet, allerdinges zu lassen.

COROLLARIA.

1 Magister postæ non obligatur ratione eorum, quæ scribæ eius dem Postschreiber, traduntur, nisi huic simul potestatem res recipiendi dederit, arg. *L. 1. §. 2. Nautæ, caupones.*

2 Solent interdum caupones viatoribus famulos, Mieth-*Laquaien*, commendare. Qui si furtum committant vel damnum dent, caupo actione de receptis tenetur, arg. *L. 1. §. 1. Nautæ, caupones*; ibi: *Materia daretur cum furibus adversus eos, quos recipiunt, coeundi.* Secus est in famulo, quem viator adduxit vel sponte assumsit.

3 *Stamm. de Servitute personali Lib. 2. c. 16. rubr.* nautis, cauponibus & stabulariis balneatores annumerat, sed minus recte, ut videtur.

INDEX
RERVM ET VERBORVM
QVAE IN HOC LIBRO CONTINENTVR.

Mutui

jure

 Advo-

Advo-

quando

Citatus, Citare.

 ad

Illos

Consue-

Dota-

Erroris

Ad

per

advo-

De

aggra-

Loca-

Mulie-

Ad

in

in

Testa-

Vene-

F I N I S.







